

Die Kettenarbeitsverträge

Heinz Fischer

1960

DIE KETTENARBEITSVERTRÄGE

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von

Heinz Fischer

1960



Referent: Prof. Dr. Dr. h.c. A. Hueck

Correferent: Prof. Dr. R. Dietz

Tag der mündlichen Prüfung: 16.12.1960

INHALTSVERZEICHNIS

Einleitung	S. 1
I. Die Ehe	S. 1
1. Begriff, Entstehung und Entwicklung der Eheverträge	S. 1
2. Die Ehe als Vertrag	S. 1
3. Die Ehe als Vertrag	S. 1
4. Die Ehe als Vertrag	S. 1
5. Die Ehe als Vertrag	S. 1
6. Die Ehe als Vertrag	S. 1
7. Die Ehe als Vertrag	S. 1
8. Die Ehe als Vertrag	S. 1
9. Die Ehe als Vertrag	S. 1
10. Die Ehe als Vertrag	S. 1
11. Die Ehe als Vertrag	S. 1
12. Die Ehe als Vertrag	S. 1
13. Die Ehe als Vertrag	S. 1
14. Die Ehe als Vertrag	S. 1
15. Die Ehe als Vertrag	S. 1
16. Die Ehe als Vertrag	S. 1
17. Die Ehe als Vertrag	S. 1
18. Die Ehe als Vertrag	S. 1
19. Die Ehe als Vertrag	S. 1
20. Die Ehe als Vertrag	S. 1
21. Die Ehe als Vertrag	S. 1
22. Die Ehe als Vertrag	S. 1
23. Die Ehe als Vertrag	S. 1
24. Die Ehe als Vertrag	S. 1
25. Die Ehe als Vertrag	S. 1
26. Die Ehe als Vertrag	S. 1
27. Die Ehe als Vertrag	S. 1
28. Die Ehe als Vertrag	S. 1
29. Die Ehe als Vertrag	S. 1
30. Die Ehe als Vertrag	S. 1
31. Die Ehe als Vertrag	S. 1
32. Die Ehe als Vertrag	S. 1
33. Die Ehe als Vertrag	S. 1
34. Die Ehe als Vertrag	S. 1
35. Die Ehe als Vertrag	S. 1
36. Die Ehe als Vertrag	S. 1
37. Die Ehe als Vertrag	S. 1
38. Die Ehe als Vertrag	S. 1
39. Die Ehe als Vertrag	S. 1
40. Die Ehe als Vertrag	S. 1
41. Die Ehe als Vertrag	S. 1
42. Die Ehe als Vertrag	S. 1
43. Die Ehe als Vertrag	S. 1
44. Die Ehe als Vertrag	S. 1
45. Die Ehe als Vertrag	S. 1
46. Die Ehe als Vertrag	S. 1
47. Die Ehe als Vertrag	S. 1
48. Die Ehe als Vertrag	S. 1
49. Die Ehe als Vertrag	S. 1
50. Die Ehe als Vertrag	S. 1
51. Die Ehe als Vertrag	S. 1
52. Die Ehe als Vertrag	S. 1
53. Die Ehe als Vertrag	S. 1
54. Die Ehe als Vertrag	S. 1
55. Die Ehe als Vertrag	S. 1
56. Die Ehe als Vertrag	S. 1
57. Die Ehe als Vertrag	S. 1
58. Die Ehe als Vertrag	S. 1
59. Die Ehe als Vertrag	S. 1
60. Die Ehe als Vertrag	S. 1
61. Die Ehe als Vertrag	S. 1
62. Die Ehe als Vertrag	S. 1
63. Die Ehe als Vertrag	S. 1
64. Die Ehe als Vertrag	S. 1
65. Die Ehe als Vertrag	S. 1
66. Die Ehe als Vertrag	S. 1
67. Die Ehe als Vertrag	S. 1
68. Die Ehe als Vertrag	S. 1
69. Die Ehe als Vertrag	S. 1
70. Die Ehe als Vertrag	S. 1
71. Die Ehe als Vertrag	S. 1
72. Die Ehe als Vertrag	S. 1
73. Die Ehe als Vertrag	S. 1
74. Die Ehe als Vertrag	S. 1
75. Die Ehe als Vertrag	S. 1
76. Die Ehe als Vertrag	S. 1
77. Die Ehe als Vertrag	S. 1
78. Die Ehe als Vertrag	S. 1
79. Die Ehe als Vertrag	S. 1
80. Die Ehe als Vertrag	S. 1
81. Die Ehe als Vertrag	S. 1
82. Die Ehe als Vertrag	S. 1
83. Die Ehe als Vertrag	S. 1
84. Die Ehe als Vertrag	S. 1
85. Die Ehe als Vertrag	S. 1
86. Die Ehe als Vertrag	S. 1
87. Die Ehe als Vertrag	S. 1
88. Die Ehe als Vertrag	S. 1
89. Die Ehe als Vertrag	S. 1
90. Die Ehe als Vertrag	S. 1
91. Die Ehe als Vertrag	S. 1
92. Die Ehe als Vertrag	S. 1
93. Die Ehe als Vertrag	S. 1
94. Die Ehe als Vertrag	S. 1
95. Die Ehe als Vertrag	S. 1
96. Die Ehe als Vertrag	S. 1
97. Die Ehe als Vertrag	S. 1
98. Die Ehe als Vertrag	S. 1
99. Die Ehe als Vertrag	S. 1
100. Die Ehe als Vertrag	S. 1



Digitized by the Internet Archive
in 2026

INHALTSVERZEICHNIS

Literaturverzeichnis	S. II
Abkürzungsverzeichnis	S. VIII
Einführung: Begriff, Bedeutung und Problematik der Kettenverträge. S.	1
§ 1	S. 1
1. Kapitel: Überblick über die Entwicklung des Problems und den heutigen Stand in Rechtsprechung und Schrifttum..... S.	7
I. Lösung aus dem Gesichtspunkt der Gesetzesumgehung	S. 7
§ 2	S. 7
II. Abgrenzung nach dem Gesichtspunkt der sozialen Rechtfertigung und die verschiedenen dazu vertretenen Begründungen.... S.	11
§ 3 Der Maßstab der Abgrenzung	S. 11
§ 4 Die Anfechtung der Befristungsabrede unter den Voraussetzungen des KSchG	S. 12
§ 5 Entsprechende Anwendung des KSchG bei einem objektiven Bestandsschutzverzicht	S. 15
§ 6 Die Ausdehnung des Bestandsschutzes des KSchG mit Hilfe des Sozialstaatsprinzips	S. 20
§ 7 Der Kettenvertrag als Verletzung der Fürsorgepflicht	S. 23
III. Lösung mit Hilfe der Rechtsscheinlehre	S. 25
§ 8	S. 25
IV. Zusammenfassung	S. 27
2. Kapitel: Sozialstaatsprinzip oder Fürsorgepflicht? Die Verwertbarkeit beider Generalklauseln zur Lösung des Problems der Kettenverträge	S. 29
I. Inhalt und Bedeutung beider Generalklauseln und der mit ihrer Hilfe gefundenen Lösungen..... S.	29
§ 9 Die Fürsorgepflicht	S. 29
§ 10 Das Sozialstaatsprinzip	S. 33
§ 11 Das Ergebnis der Gegenüberstellung beider Generalklauseln und die rechtliche Bedeutung der mit ihrer Hilfe im Falle der Kettenverträge gefundenen Ergebnisse	S. 39

II. Die Nichtbeachtung der Befristungsabrede.....	S. 43
§ 12 Begründung mit Hilfe des Sozialstaatsprinzips.....	S. 43
§ 13 Begründung mit Hilfe der Fürsorgepflicht des Arbeitgeb. .	S. 55
III. Die Einschränkung der Vertragsfreiheit	S. 65
§ 14	S. 65
IV. Zusammenfassung	S. 72
 3. Kapitel: Die verschiedene Tragweite beider Lösungen.....	S. 74
I. Die Vorzüge der vom BAG vertretenen Ansicht	S. 74
§ 15 Die Befristung der Klage	S. 74
§ 16 Die Regelung der Beweislast	S. 80
II. Die Vorzüge einer Lösung mit Hilfe der Fürsorgepflicht	S. 82
§ 17 Relative Unwirksamkeit der Befristung	S. 82
§ 18 Umfassenderer Schutz der ArbN	S. 83
III. Zusammenfassung	S. 89
 4. Kapitel: Die Abgrenzung nach dem Gesichtspunkt der sozialen Rechtfertigung im einzelnen	S. 91
I. Allgemeingültige Feststellungen	S. 91
§ 19 Der Grundsatz	S. 91
§ 20 Versuche zur näheren Umschreibung dieses Grundsatzes. .	S. 92
§ 21 Einzelfälle zulässiger Kettenverträge	S. 95
II. Kettenverträge im öffentlichen Dienst	S. 100
§ 22	S. 100
 Anhang: Die Ausdehnung der für den Kettenvertrag gefundenen Grund- sätze auf den einfachen Zeitvertrag.....	S. 104
§ 23	S. 104

LITERATURVERZEICHNIS

- Bachof Otto Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, Veröffentlichung des Vereins dt. Staatsrechtslehrer, Heft 12, S. 37, 1954.
- Bötticher Eduard Die Handhabung des Bestandsschutzes beim Kettenvertrag, Gutachten, BB 1955, S. 673 ff.
- derselbe Die sozialungerechtfertigte Kündigung im Sinne des KSchG vom 10.8.1951, MDR 1952, S. 260 ff.
- derselbe Zum Regierungsentwurf des KSchG, RdA 1951, S. 81 ff.
- Bulla Die Sorgepflicht des ArbG um eingebrachtes ArbN-Eigentum, RdA 1950, S. 88 ff.
- Darmstaedter F. Die Geltung der Grundrechte heute, BB 1957, S. 1ff.
- Dersch Hermann Entwicklung der Fürsorgepflicht des ArbG im Arbeitsverhältnis, RdA 1949, S. 325 ff.
- Dürig Günter Grundrechte und Zivilrechtsprechung, Festschrift für Nawiasky 1956, S. 157 ff.
- derselbe Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrtsstaat, JZ 1953, S. 193 ff.
- Endemann Helmut Zeit- und Kettenverträge im Arbeitsrecht, ArbUR 1954, S. 265 ff.
- derselbe Befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis? BB 1952, S. 578 ff.
- Enneccerus-Lehmann Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Schuldrecht, 15. Aufl., 1958.
- Enneccerus-Nipperd. Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allgem. Teil, 14. Aufl., 1952.
- Erdmann-Müller Das Kündigungsschutzgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 1954.
- Fechner Erich Sozialer Rechtsstaat und Arbeitsrecht, RdA 1955, S. 161 ff.
- Forsthoff Ernst Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, Veröffentlichungen des Vereins dt. Staatsrechtslehrer, Heft 12, S. 8 ff., 1954.

- Gerber Hans Die Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes, Rechtsgutachten, AöR Bd. 81, S. 1 ff.
- Grewe Wilhelm Das bundesstaatliche System der Grundgesetzes, DRZ 1949, S. 351 ff.
- derselbe Die Bundesrepublik als Rechtsstaat, DRZ 1949, S. 392 ff.
- Güntner Hans Der Anwendungsbereich der Drei-Wochen-Klagefrist des Kündigungsschutzgesetzes, RdA 1954, S. 131 ff.
- Hedemann Just. W. Der Arbeitsplatz als Rechtsgut, RdA 1953, S. 121 ff.
- Herrfahrd Heinrich Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art 79.
- Herschel-Steinmann Kommentar zum KSchG, 4. Aufl., 1958.
- Höfl Heinrich Zur Problematik der Kettenverträge, Diss. Mainz 1955
- Huber Ernst R. Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, 2. Aufl., 1953.
- Hueck Alfred Die Bedeutung des Art 3 des BGG für die Lohn- und Arbeitsbedingungen der Frau, Rechtsgutachten, Schriftreihe der Bundesvereinigung der dt. Arbeitgeberverbände, Heft 2, Köln 1951.
- derselbe Das Bundesarbeitsgericht, BVerwBl 1959, S. 169 ff.
- derselbe Kettenverträge, RdA 1953, S. 85 ff.
- derselbe Kündigungsschutzgesetz, Kommentar, 3. Aufl., 1954.
- derselbe Die Pflicht des ArbG zur Wiedereinstellung entlassener ArbN, Festschrift für Hedemann, 1958, S. 131 ff.
- derselbe Die Pflicht des Unternehmers zur Fürsorge für den Gefolgsmann, Festschrift für Hedemann, 1938, S. 312 ff.
- derselbe Der Sozialstaatsgedanke in der Rechtsprechung des BA, Festschrift für Apelt 1958, S. 57 ff.
- derselbe Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, Sitzungsberichte der Bayer. Akademie der Wissenschaften, Jahrg. 1944/46, Heft 7.
- derselbe Anmerkung zu BAG 21.10.54, AP Nr. 7 zu § 1 KSchG.
- derselbe Anmerkung zu BAG 26.11.55, AP Nr. 14 zu § 1 KSchG.
- derselbe Anmerkung zu BAG 21.10.54, AP Nr. 1 zu § 620 BGB (befr. Arbeitsvertrag).
- derselbe Anmerkung zu BAG 26.3.57, AP Nr. 5 zu § 620 BGB (befr. Arbeitsvertrag).

- Hueck-Nipperdey Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. I und II, 6. Auflage 1959/57, 5. Aufl. 1932.
- Hueck-Nipperd. - Dietz Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, Kommentar, 2. Aufl. 1937.
- Hunn F. Nochmals: Der Anwendungsbereich der Drei-Wochen-Klagefrist des KSchG, RdA 1954, S. 386 ff.
- Hurst Karl Die Bühndienstverträge als befristete Verträge, RdA 1952, S. 455 ff.
- Ipsen Hans Peter Über das Grundgesetz, Rede, Selbstverlag der Universität Hamburg 1950.
- Jellinek Walter Die Entlohnung der Frau und Art 3 II GG., BB 1950, S. 425ff.
- Kaskel-Dersch Lehrbuch des Arbeitsrechts, 5. Aufl. 1957.
- Krüger Hildegard Die Rechtsprechung des BAG zum KSchG, NJW 1950 II, S. 1050 ff.
- Lehmann Richard Entwicklung und Inhalt der Fürsorgepflicht des Unternehmers, 2. Aufl. 1940.
- Mangoldt-Klein Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Bd. I, 2. Aufl. 1957 .
- Maunz Theodor Deutsches Staatsrecht, 9. Aufl. 1959.
- Maus Wilhelm Das Deutsche Arbeits- und Sozialrecht, 1. Band: Das Arbeitsverhältnis, 1. Aufl. 1948.
- derselbe Das Recht des Arbeitsvertrages, 1. Aufl. 1947.
- Mendigo Hermann Anmerkung zu BAG 21.10.54, ArbuR 1955, S. 94 ff.
- Mohnen Heinz Nachwirkungen des Arbeitsverhältnisses, RdA 1957, S. 361 ff und 405 ff.
- Molitor Erich Der Arbeitsplatz, Gutachten, BB 1952, S. 493 ff.
- derselbe Die Behandlung von Kettenverträgen, AR Blattei, Kettenarbeitsverträge, I. Allgemeines.
- derselbe Kritisches zum Problem der Kettenverträge, Gutachten, BB 1954, S. 504 ff.
- derselbe Die Kündigung, 2. Aufl. 1951.
- derselbe Anmerkung zu BAG 21.10.54, AR-Blattei, Kettenverträge, Entscheidung 1.
- derselbe Anmerkung zu BAG 21.10.54, AR-Blattei, Mutterschutz, Entscheidung 4.

- Molitor-Hueck-Riezler Der Arbeitsvertrag und der Entwurf eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes, 1925.
- Müller Gerhard Der Gedanke des sozialen Staates in der bisherigen Rechtsprechung des BAG, Betr 1956, S. 524 ff. und 549 ff.
- derselbe Zum Problem der Kettenverträge, DBetrV 1955, Heft 2, S. 4.
- derselbe Zur Rechtsprechung des BAG, Gutachten, BB 1955, S. 577 ff.
- Neumann Duesburg Anmerkung zu BAG 26.3.57, AP Nr. 29 zu § 1 KschG
- Nikisch Artur Arbeitsrecht, Bd. I, 2. Aufl. 1955.
- derselbe Beiträge zum Tarifrecht, 1. Aufl. 1924.
- derselbe Kündigungsschutz bei sog. Kettenverträgen und bei befristeten Arbeitsverträgen, BB 1955, S. 197 ff.
- Nipperdey Hans C. Gleicher Lohn der Frau bei gleicher Leistung, Gutachten v. 10.2.1951, Köln 1951.
- derselbe Gleicher Lohn der Frau bei gleicher Leistung, RdA 1950, S. 125 ff.
- derselbe Die Würde des Menschen in Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte Bd. 2, S. 1 ff, 1954.
- Osswald R. Die Beendigung von befristeten Arbeitsverträgen und das KschG, Betr 1956, S. 941 ff.
- Palandt Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 18. Aufl. 1959.
- Palme A. Die Kettenverträge in der neueren Rechtsprechung, Bl. St. Soz. ArbR. 1953, S. 347 ff.
- Peters Hans Kombination verschiedener Verfassungsgrundsätze als Mittel der Verfassungsauslegung, Karl Arnold-Festschrift 1955, S. 118 ff.
- Pothhoff Heinz Probleme des Arbeitsrechts, Jena 1912.
- Rüdy Hermann Der Rechtsmißbrauch, Diss. München 1934.
- Schätzel Walter Welchen Einfluß hat Art 3 Abs 2 des BGG auf die nach dem 24. Mai 1949 abgeschlossenen Einzelarbeits- und Tarifverträge, RdA 1950, S. 248 ff.
- Scheuner Ulrich Staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, Veröff. d. V. dt. StL. 1953, Heft 11, S. 1 ff.

- Schmaltz H. G. Die Entlassung, Stichworte zum Entlassungsrecht, 5. Aufl., 1952.
- Schmidt-Rimpler u. a. Rechtsgutachten des Bonner Instituts für Handels- und Wirtschaftsrecht, AöR Bd. 76, S. 165 ff.
- Schnorr Gebhard Anmerkung zu LAG Frankfurt 13. 3. 53, ArbuR 1953, S. 285 ff.
- Schnorr v. Carolsf. Arbeitsrecht, 2. Aufl., 1954.
- Siebert Wolfgang Einige Entwicklungslinien im neueren Individual-Arbeitsrecht, RdA 1958, S. 366 ff.
- derselbe Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung, Marburg 1934.
- Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II, Bd. 3, Teil, 11. Aufl. 1958.
- Trieschmann G. Die Zulässigkeit von Kettenverträgen im Arbeitsrecht, Betr 1955, S. 336 ff.
- Werner Fritz Sozialstaatliche Tendenzen in der Rechtsprechung, AöR Bd. 81, S. 84 ff.
- Wernicke KG. Bonner Kommentar zum GG, Art. 20.
- Westhofen Anm. zu BAG 21. 10. 54, SAE 1956, S. 36.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

AöR	Archiv für öffentliches Recht
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
ArbG	Arbeitgeber
ArbGer	Arbeitsgericht
AR- Blattei	Arbeitsrechts-Blattei
ArbN	Arbeitnehmer
Arbplatz	Arbeitsplatz
ArbR	Arbeitsrecht
ArbRSam	Arbeitsrecht-Sammlung = Bensheimer Sammlung
ArbuR	Arbeit und Recht
ArbVerh	Arbeitsverhältnis
ArbVertr	Arbeitsvertrag
AR St	Arbeitsrecht in Stichwort
BB	Der Betriebs-Berater
Betr	Der Betrieb
Bl.St.Soz.ArbR	Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht
BVerwBl	Bayerische Verwaltungsblätter
DBetrV	Die Betriebsverfassung
Hueck, Lehrb	Hueck in Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeits- rechts, Bd. I.
JZ	Juristenzeitung
K	Kettenarbeitsvertrag (-verträge)
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
RdA	Recht der Arbeit
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
TV	Tarifvertrag
Veröff. d. V. dt. StL.	Veröffentlichungen des Vereins dt. Staatsrechtslehrer
WA	Westdeutsche Arbeitsrechtsprechung

EINFÜHRUNG

Begriff, Bedeutung und Problematik der Kettenarbeitsverträge.

§ 1

I. Definition:

1.) Der Begriff "Kettenarbeitsvertrag" findet sich in keiner gesetzlichen Vorschrift. Er wurde von Wissenschaft und Rechtsprechung geprägt.

Von einem Kettenarbeitsvertrag spricht man dann, wenn ein ArbG statt eines ArbVerh auf unbestimmte Zeit einen befristeten ArbVertr abschließt und ihn nach Ablauf der Frist immer wieder auf bestimmte Zeit erneuert, so daß er jeweils bei Ablauf einer solchen Frist die Möglichkeit hat, das ArbVerh ohne besondere Kündigung enden zu lassen.¹⁾

Diese Umschreibung läßt ein Doppeltes erkennen. Sie besagt, was unter einem K zu verstehen ist und deutet an, weshalb eine derartige Vertragsgestaltung gewählt wird.

2.) Was unter einem K zu verstehen ist, ist demnach einfach zu erklären. Ein K liegt dann vor, wenn zwischen denselben Personen mehrere befristete ArbVertr unmittelbar hintereinander abgeschlossen werden. Diese Definition entspricht der im wesentlichen einheitlichen Auffassung des Schrifttums²⁾ und soll den folgenden Ausführungen zugrunde gelegt werden.

1.) So Hueck, RdA 1953, S. 85.

2.) Vgl. Hueck, Lehrb., S. 484; Höfl, Zur Problematik der K, Diss. 1955, S. 10; Molitor, BB 1954, S. 504; Nikisch, Lehrb I, S. 552; Gerh. Schnorr, ArbUR 1953, S. 285; Trieschmann, Betr 1955, S. 26.

3.) Um **dagegen** die Bedeutung einer solchen Gestaltung des ArbVerh darzulegen, bedarf es weiterer Ausführungen. Diese haben, dem Begriff des K entsprechend, vom befristeten ArbVerh auszugehen. Die dadurch bedingte Auseinandersetzung mit dem Zeitvertrag dient dabei gleichzeitig noch der Klarstellung der oben gegebenen Begriffsbestimmung des K, die ja den befristeten ArbVertr als bereits bekannten Begriff voraussetzt.

II. Begriff, Arten und Abgrenzung des befristeten ArbVerh.³⁾

1.) Unter einem Zeitvertrag versteht man einen Vertrag, der für bestimmte Zeit eingegangen ist und durch Zeitablauf endet. Das durch einen solchen Vertrag begründete ArbVerh nennt man befristet. Es findet mit dem Ablauf der vereinbarten Zeit ohne weiteres sein Ende; eine Kündigung ist also nicht notwendig.

Das befristete ArbVerh ist daher zu definieren als ein ArbVerh, das durch Fristablauf endet, ohne daß es einer Kündigung bedarf.

2.) Die Bestimmung der Vertragsdauer kann, wie es § 620 Abs. 1 BGB als Regelfall vorsieht, kalendermäßig erfolgen. Es kann aber auch vereinbart werden, daß das ArbVerh mit dem Eintritt eines bestimmten Ereignisses endet. Einer solchen Vereinbarung steht es gleich, wenn die Dauer des ArbVerh aus der Beschaffenheit oder dem Zweck der Dienstleistung erkennbar ist (§ 620 Abs. 2 BGB).

Erforderlich ist in allen diesen Fällen, daß sich das Ende des ArbVerh nach objektiven Merkmalen genau feststellen läßt, wobei es jedoch nicht im voraus genau berechenbar zu sein braucht. Ist die Bestimmung des Vertragsendes mehr oder weniger der Willkür des ArbG überlassen, dann handelt es sich in Wahrheit um einen unbefristeten Vertrag, der durch Kündigung endet.⁴⁾

3.) Die Bestimmung der Frist muß beim befristeten ArbVerh den Zweck haben, daß das ArbVerh mit Fristablauf automatisch, ohne Kündigung enden soll. Möglich ist nämlich auch, daß nach dem Inhalt der Verein-

3.) Vgl. hierzu insbes. Endemann, BB 1952, S. 578 ff und ArbuR 1954, S. 265 ff (I).

4.) Vgl. dazu Osswald, Betr. 1956, S. 941 ff und die Zusammenstellung der Rechtsprechung bei Nikisch, Lehrb I, S. 550.

barung zur Beendigung des ArbVerh zum Fristablauf noch eine Kündigung hinzutreten muß. Dann hat die Fristvereinbarung lediglich den Sinn einer Mindestdauer, während der eine Kündigung ausgeschlossen ist. Nach Ablauf der Frist läuft das ArbVerh, sofern es nicht zu diesem Zeitpunkt gekündigt ist, mit unbestimmter Dauer und Kündigungsmöglichkeit weiter. Es liegt daher in Wirklichkeit ein unbefristetes ArbVerh vor.

Umgekehrt kann die vereinbarte Frist auch nur als Höchstdauer gemeint sein. Dann kann jederzeit gekündigt werden; das ArbVerh endet aber auch ohne Kündigung spätestens zu dem festgelegten Endtermin. Es liegt also eine Kombination von befristeten und unbefristeten ArbVerh vor.

Um einen echten Zeitvertrag handelt es sich also nur dann, wenn die vereinbarte Vertragszeit zugleich Höchst- und Mindestzeit sein soll.

III. Folgen der Befristung.

Was im Einzelfall mit der Befristung gewollt ist, ist Auslegungssache und oft schwer feststellbar. Die Unterscheidung, ob ein befristetes oder unbefristetes ArbVerh vorliegt, ist aber für die Vertragspartner, insbesondere für den ArbN von großer Bedeutung.

Die Befristung des ArbVerh hat für den ArbN den Vorteil, daß er nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes vorzeitig entlassen werden kann. Denn die ordentliche Kündigung ist bei einem auf bestimmte Zeit abgeschlossenen ArbVerh unzulässig. Das ergibt der Umkehrschluss aus § 620 Abs.2 BGB. Der ArbN ist daher in seiner Arbeitsstelle bis zum Eintritt des Endtermins weitgehend geschützt.

Auf der anderen Seite aber ergeben sich aus der Befristung insofern Nachteile, als, da zur Beendigung des ArbVerh eine Kündigung nicht erforderlich ist, demgemäß auch die Kündigungsschutzbestimmungen keine Anwendung finden. Darüber besteht heute Einigkeit.⁵⁾ Es braucht

5) Vgl. Hueck, Lehrb, S. 478 Anm. 4 und RdA 1953, S. 85; Nikisch, Lehrb. I, S. 551 und die dort zit. st. Rechtspr. des RAG; Trieschmann, Betr 1955, S. 336; -- speziell zum KSchG: Herschel - Steinhilber, KSchG § 1 Anm. 14; Hueck, KSchG, § 1 Anm. 24; Erdmann - Müller, KSchG, § 1 Anm. II, 13; LAG Berlin, BB 1951, S. 857.

also weder eine Kündigungsfrist eingehalten zu werden, noch können die Vorschriften angewendet werden, die den ArbN gegen die Kündigung und damit gegen den Verlust des Arbplatzes überhaupt schützen sollen.

Die Befristung kann daher bei langer Vertragsdauer u. U. für den ArbN günstiger sein als die Eingehung eines unbefristeten ArbVerh. Die Nachteile überwiegen aber die Vorteile umsomehr, je kürzer der Vertrag befristet ist.

Ein weiterer Nachteil für den ArbN kann sich schließlich dann ergeben, wenn das Vertragsende nicht kalendermäßig bestimmt ist, sondern von dem Eintritt eines bestimmten Ereignisses oder der Zweckerreichung abhängig gemacht ist, und der ArbN diese Umstände nicht übersehen kann. Hier besteht die Möglichkeit, daß der ArbN seinen Arbplatz völlig unvorbereitet von einem Tag auf den anderen verliert.

IV. Folgen der mehrfachen Befristung bei einem K.

Wird das durch einen Zeitvertrag begründete ArbVerh mehrmals befristet verlängert, so daß ein K entsteht, dann verschiebt sich das Verhältnis der durch die Befristung bedingten Vor- und Nachteile in aller Regel sehr zu Ungunsten des ArbN.

Der Vorteil des ArbN, vor einer ordentlichen Kündigung sicher zu sein, besteht zwar grundsätzlich fort. Es zeigt sich aber in der Praxis, daß die jeweils vereinbarten Verlängerungen meist sehr kurz befristet sind. Der Ausschluß der ordentlichen Kündigung verliert damit weitgehend seinen Wert, ja er kann für den ArbN praktisch völlig bedeutungslos werden, wenn die einzelnen Glieder der Kette kürzer befristet sind als die Kündigungsfrist, die dem betreffenden ArbN im Falle einer ordentlichen Kündigung zustehen würde.

Umso schwerwiegender werden die Folgen, die sich daraus ergeben, daß eine Kündigung nicht erforderlich ist. Der Ausschluß des KSchG und der übrigen Kündigungsschutzvorschriften ist hier vor allem deshalb unerfreulich, weil der ArbN infolge der mehrfachen Verlängerung des ArbVerh oft ziemlich lange Zeit ununterbrochen im Betrieb beschäftigt ist. Als besonders nachteilig wirkt sich hier aber auch das Fehlen einer Kündigungsfrist aus. Bestand bei der einmaligen Befristung

nur in Ausnahmefällen die Gefahr, daß der ArbN unvorbereitet seinen Arbeitsplatz verliert, während er im allgemeinen das Vertragsende kennt, so wird diese Ungewißheit hier zum Regelfall. Zwar ist auch bei einem K dem ArbN meist das Ende der jeweiligen Befristung bekannt. Er rechnet hier aber auf Grund der bereits erfolgten Verlängerungen häufig mit einer weiteren Vertragserneuerung und verliert daher bei deren überraschenden Ausbleiben seinen Arbeitsplatz annähernd ebenso unvorbereitet, wie wenn er das Fristende nicht gekannt hätte.⁶⁾

Dem ArbG dagegen erwächst durch eine derartige Vertragsgestaltung der Vorteil, daß er nicht zu kündigen und dabei die Kündigungsfristen und Kündigungsschutzbestimmungen nicht einzuhalten braucht, sondern das Ende der meist kurzen Befristung abwarten kann, um sich dann zu überlegen, ob er das ArbVerh fortsetzen will oder nicht.

Im Ergebnis kommt daher der K oft einem unbefristeten Vertrag ohne den entsprechenden Schutz des ArbN gleich.⁷⁾

V. Die Problematik des K.

Man war sich daher schon früh darüber im Klaren, daß der Zulässigkeit des K Grenzen zu setzen sind. Über die Frage, wo diese Grenzen zu ziehen sind, besteht heute im Prinzip Einigkeit. Die Frage aber, wie man diese Grenzziehung begründen und praktisch durchführen soll, ist auch heute noch heftig umstritten.

Der Grund dafür liegt darin, daß der K, wenn er auch in tatsächlicher Hinsicht gegenüber dem einfachen Zeitvertrag wesentliche Unterschiede aufweist, der Rechtsform nach doch nur eine Summe befristeter Verträge darstellt. Der Zeitvertrag aber ist in § 620 BGB ausdrücklich vorgesehen und der Grundsatz der Vertragsfreiheit, der in § 305 BGB niedergelegt ist, überläßt es den Vertragsparteien, ob sie das ArbVerh befristet oder unbefristet begründen wollen. Der Zeitvertrag ist daher grundsätzlich zulässig.⁸⁾ Daran ändert auch

6) Vgl. dazu besonders Palme, Bl St Soz ArbR 1953, S. 347.

7) So auch Gebh. Schnorr, ArbuR 1953, S. 285.

8) Vgl. Hueck, RdA 1953, S. 85; derselbe, Lehrb. S. 486 (Ziff. 7); Molitor, BB 1954, S. 504; derselbe, die Kündigung, S. 82; Nikisch, BB 1955, S. 197 (Ziff. 1); Gerh. Schnorr, ArbuR 1953, S. 285; ebenso, jedoch mit bedenklich weiter Einschränkung, neuerdings BAG, Großer Senat vom 12.10.60, GS 1, 59; a.A. früher BAG 21.10.54, 2 AZR 40/53, BAG 1, 136, wonach Zeitverträge nur mehr bei Vorliegen sachlicher Gründe zulässig sein sollten; vgl. dazu unter § 23

der Umstand nichts, daß in der Praxis unbefristete Verträge heute durchaus die Regel und Zeitverträge die Ausnahme darstellen.⁹⁾ Die Vereinbarung eines Zeitvertrages kann allenfalls in einem TV ausgeschlossen sein, da die Befristung des ArbVertr eine Regelung über seine Beendigung im Sinne des § 1 Abs. 1 TVG darstellt.¹⁰⁾

Das gleiche muß daher grundsätzlich auch für den K gelten. Wenn dem gegenüber das ArbGer München-Gladbach¹¹⁾ behauptet, § 620 BGB spreche nicht für die grundsätzliche Zulässigkeit des K, da diese Bestimmung nur vom bloßen Zeitvertrag handle, über die besondere Konstruktion des K jedoch nichts aussage, so ist das sicher nicht richtig. Durch eine solche am Wort klebende Auslegung kann die Problematik des K nicht umgangen werden.¹²⁾ Eine wirkliche Lösung des Problems der K kann vielmehr nur darin liegen, einen Gesichtspunkt zu finden, der es im Einzelfall erlaubt, sich über § 620 BGB und den Grundsatz der Vertragsfreiheit hinwegzusetzen.

9) So auch Hueck, RdA 1953, S. 85.

10) Es muß dann aber die Befristung ausdrücklich ausgeschlossen sein. Aus einer bloßen Regelung der Kündigungsfristen ist das noch nicht zu entnehmen; so ständig RAG ARS 11, 233; 13, 10; 14, 322; 15, 645; 17, 113; 19, 231 u. 280; ferner LAG Freiburg, 13.11.52, AP 53 Nr. 95.

Die Befristung wird insbesondere nicht durch § 19 Abs. 2 ATO u. § 1 Abs. 4 TOA ausgeschlossen; vgl. dazu Herschel-Steinmann, KSchG, Anm. 14 f zu § 1; BAG 21.10.54, 2 AZR 25/53, AP Nr. 7 zu § 1 KSchG; LAG Bremen, 10.2.53, AP 54 Nr. 16; Hamburg, 30.6.55, AP Nr. 3 zu § 620 BGB (befr. ArbVertr); Hamm, 17.7.51, AP Nr. 120, 52 und 2.10.53, AP 54, Nr. 146; München, 11.3.52, AP 53 Nr. 71.

11) U.v. 16.7.54; Betr. 1954, S. 763; BB 1954, S. 870.

12) Vgl. Westhofen in Anm. zu BAG 21.10.54, SAE 1956, S. 36.

1. KAPITEL

Überblick über die Entwicklung des Problems und den heutigen Stand in Rechtsprechung und Schrifttum.

I. ABSCHNITT

Lösung aus dem Gesichtspunkt der Gesetzesumgehung.

§ 2

I. Die Rechtsprechung des RAG und der LAG.

1.) Wie schon angedeutet, sind bei der Behandlung der K vor allem folgende drei Fragen zu beantworten: wie soll man zwischen zulässigen und unzulässigen K abgrenzen, wie soll man diese Grenzziehung begründen und schließlich; wie soll man den unzulässigen K behandeln. Das RAG, das schon früh mit dem Problem des K befaßt wurde¹⁾, versuchte eine Lösung der beiden ersten Fragen einheitlich mit Hilfe des Instituts der Gesetzesumgehung zu finden. Es erklärte in ständiger Rechtsprechung den K dann für unzulässig, wenn er sich als formale Umgehung zwingender Kündigungsbestimmungen, sei es der Vorschriften über Kündigungsfristen, sei es der Normen des Kündigungsschutzrechtes darstellte.²⁾ Das RAG verlangte dabei stets, daß der ArbG bei Abschluß des K in der Absicht einer Umgehung gehandelt habe. Zum Teil betonte es sogar die Gültigkeit von Kettenverträgen, wenn sie nicht lediglich in der Absicht geschlossen wurden, den betreffenden ArbN des Kündigungsschutzes zu berauben.³⁾

Es ist verständlich, daß das RAG unter diesen strengen Voraussetzungen nur in einem kleineren Teil der Entscheidungen den K für unzulässig hielt. Stellte es jedoch die Umgehung der Kündigungsvorschriften als alleinigen Zweck einer derartigen Vertragsgestaltung fest, dann er-

1) Erste Entscheidung vom 19.5.1928, ArbRSam. 3, 3.

2) RAG, ArbRSam 3, 3; 3, 14; 4, 360; 9, 350; 10, 549; 11, 233; 12, 51; 12, 95; 13, 42; 16, 60; 19, 272; 28, 343 und 32, 174.

3) So etwa RAG, ArbRSam 16, 66.

klärte das RAG, ohne das jedoch hinsichtlich § 139 BGB näher zu begründen, nicht den ganzen K, sondern nur die Befristung als Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) für nichtig. Es behandelte also den K als unbefristeten ArbVertr mit der Folge, daß der ArbG kündigen mußte.

2.) Der Rechtsprechung des RAG hat sich bis 1945 fast das ganze Schrifttum angeschlossen. Ebenso folgten ihr die meisten LAG.⁴⁾ Auch nach 1945 wurde noch vielfach die Umgehungsabsicht als der maßgebliche Gesichtspunkt angesehen.⁵⁾ Ein Teil der LAG nahm jedoch insofern einen schärferen Standpunkt ein, als sie behaupteten, daß K schon dann unzulässig seien, wenn sie auch nur objektiv eine Umgehung von Kündigungsvorschriften darstellten. So erklärte das LAG Kiel⁶⁾, wobei es einer älteren Entscheidung des LAG Stuttgart⁷⁾ folgte: "Für die Feststellung, wann im Einzelfall eine solche Umgehung vorliegt, ist zunächst unerheblich, ob sich die Parteien der Umgehung bewußt oder sie gar bezweckt war. Auch ohne Umgehungsabsicht kann eine Umgehung vorliegen, wenn sie objektiv gegeben ist."

Beide Entscheidungen berufen sich dabei auf ein Urteil des RG⁸⁾, in dem es sich um die Wirksamkeit eines Vergleiches handelte, der geeignet war, die Scheidung zu erleichtern. In den Gründen dieses Urteils hieß es dazu, daß derartige Vereinbarungen unter § 134 BGB fallen und es zur Anwendung dieser Vorschrift keinesfalls erforderlich sei, daß die Parteien die Verletzung des Gesetzes gerade bezweckt haben.

II. Die Unbrauchbarkeit des Umgehungsgedankens im Falle der K.

1) Gegen diese Rechtsprechung des RAG und der LAG hat sich zunächst Hueck gewandt⁹⁾. Er hielt die Entscheidungen hinsichtlich der konkreten

4) Hueck - Nipp. - Dietz, AOG, Anm 5 vor § 56; Maus, das Recht des ArbVertr, S. 474; Molitor, die Kündigung, S. 32 und 167; Schmaltz, die Entlassung, S. 56.

5) LAG Berlin, 24.10.50, BB 1951, 867; Düsseldorf, 30.10.53, Betr. 1954, S. 216; Hamm, 2.10.53, Betr. 1953, S. 972; München, 11.3.52, AP 53 Nr. 71.

6) U.v. 26.11.49, AP 52 Nr. 119; vgl. auch LAG Frankfurt a.M., 15.5.51, BB 1951, S. 615 und LAG Hamm, 17.7.51, AP 52 Nr. 120.

7) U.v. 18.11.1933, ArbRSam 19, 222.

8) RGZ 123, 87

9) RdA 1953, S. 86 (Ziff. 4); vgl. auch Nikisch, BB 1955, S. 197 (Ziff. 2).

Fälle im Ergebnis zwar nicht für unrichtig, wies aber darauf hin, daß für dieses Ergebnis die **eigentliche rechtliche Begründung** fehle.

Insbesondere sei der von den LAG herangezogene Begriff der objektiven Umgehung unhaltbar. Er sei schon in sich widersprüchlich, weil bereits in dem Begriff der Umgehung der Wille, ein bestimmtes Ziel zu erreichen, also eine Absicht zum Ausdruck komme. Vor allem aber könne im Fall der K, wo die Parteien ein vom Gesetz an sich zugelassenes Rechtsgeschäft (den Zeitvertrag) benutzen, von einer unzulässigen Gesetzesumgehung nur dann gesprochen werden, wenn die Parteien dieses Rechtsgeschäft zu einem vom Gesetz mißbilligten Zweck verwenden wollen. Erst die Richtung auf einen bestimmten Zweck, also ein bewußter Wille der Parteien mache in solchen Fällen das Geschäft rechtswidrig.

Aber auch die Betonung der Umgehungsabsicht in den Entscheidungen des RAG sei nicht zu einer Abgrenzung geeignet. Denn bei einem wiederholten Abschluß von Zeitverträgen könne der ArbG gar keine andere Absicht haben als den Ausschluß der Kündigungsfristen und des Kündigungsschutzes. Wollte sich der ArbG nur den ArbN auf eine gewisse Zeit sichern, so würde dazu die Vereinbarung einer Mindestdauer genügen. Zumindest würden dann aber in einem solchen Fall nicht mehrere kurzbefristete Verträge aneinandergereiht werden. Wenn aber die Vereinbarung einer Vertragszeit immer nur zu dem Zweck erfolge, die Kündigungsvorschriften auszuschalten, dann hätte der Gesetzgeber, wenn er dies hätte verhindern wollen, die Zeitverträge oder zumindest ihre Verkettung überhaupt verbieten müssen.

2.) Dieser Kritik ist zuzustimmen, soweit sie die Rechtsprechung des RAG betrifft. Nicht unbedenklich erscheint jedoch die Stellungnahme zu dem von den LAG herangezogenen Begriff der objektiven Umgehung. Hueck gibt zu, daß in den Fällen, in denen die Rechtsordnung ein bestimmtes Rechtsgeschäft verbietet, alle Geschäfte, die gegen dieses Verbot verstoßen, nach § 134 BGB nichtig sind, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die Parteien das Gesetz verletzen wollten oder sich der Verletzung auch nur bewußt waren. Es ist dann aber nicht einzusehen, wieso es hier, wo das Gesetz nicht ein bestimmtes Rechts-

geschäft, sondern ohne Rücksicht auf die Geschäftsform einen bestimmten Geschäftserfolg verbietet, und die Parteien diesen Erfolg mit Hilfe eines an sich erlaubten Geschäfts trotzdem herbeiführen, also im eigentlichen Fall der Gesetzesumgehung, auf die Absicht der Parteien ankommen soll. Das Gesetz muß doch auch in einem solchen Fall ohne Rücksicht darauf gelten ob es die Parteien kennen oder verletzen wollen. ¹⁰⁾ Dieser Ansicht scheint auch Molitor zu sein, wenn er ausführt, daß die Absicht, solange sie sich eines erlaubten Mittels bediene, niemals verboten sei. ¹¹⁾ Molitor will damit offenbar sagen, daß auch im eigentlichen Fall der Gesetzesumgehung nicht die Absicht, sondern stets nur die Erzielung des verbotenen Erfolges das Rechtsgeschäft nichtig machen könne.

3.) Aber auch, wenn man der Ansicht ist, daß der Begriff der Gesetzesumgehung eine entsprechende Absicht nicht voraussetze, ist Hueck doch darin wieder zu folgen, daß mit Hilfe dieses Rechtsinstituts das Problem der K nicht gelöst werden kann. Denn der Umstand, daß der Umgehungsgedanke zur Abgrenzung im Fall der K ungeeignet ist, was Hueck bezüglich der Rechtsprechung des RAG nachgewiesen hat, wird gerade dann besonders deutlich, wenn man eine Umgehungsabsicht nicht für erforderlich hält. Objektiv werden nämlich die Kündigungsvorschriften notwendigerweise immer schon dann umgangen, d.h. ausgeschlossen, wenn die Form des Zeitvertrages überhaupt gewählt wird. Wollte man also hier mit dem Begriff der objektiven Gesetzesumgehung arbeiten, so müßte man ausnahmslos jede Befristung für unzulässig erklären, was mit § 620 BGB sicher unvereinbar wäre. Die Lehre von der unzulässigen Gesetzesumgehung, gleichgültig wie man diesen Begriff verstehen will, muß daher im Falle der K versagen.

10) So auch Enneccerus-Nipperdey, § 190 III.

11) Vgl. BB 1954, S. 504 (Ziff. 1).

II. ABSCHNITT

Abgrenzung nach dem Gesichtspunkt der sozialen Rechtfertigung und die versch. dazu vertretenen Begründungen.

§ 3 Der Maßstab der Abgrenzung.

1.) Über die Unhaltbarkeit der bisher dargestellten Lösung des Problems ist man sich heute einig.¹⁾ Man ist sich klar darüber, daß die Fragestellung nicht mehr lauten kann: wann stellen K eine Umgehung der Kündigungsvorschriften dar, sondern: wann ist diese stets vorliegende Umgehung unzulässig und warum?

Grundsätzlich besteht heute auch Einigkeit darüber, welcher andere Gesichtspunkt für die Abgrenzung maßgeblich sein soll. Sieht man von Unterschieden in der Formulierung ab, so sind nach beinahe aller Meinung K dann zulässig, wenn wirtschaftliche oder soziale Gründe die mehrfache Befristung gerechtfertigt erscheinen lassen.

2.) Angesichts dieses heute für die Zulässigkeit von K allgemein anerkannten Maßstabes mag man sich fragen, warum das RAG trotz seiner unhaltbaren Auffassung dennoch meist zu befriedigenden Ergebnissen kam. Der Grund dafür liegt offenbar darin, daß das RAG die Umgehungsabsicht immer dann für erwiesen sah, wenn sich keine sachlichen Gründe für die Befristung feststellen ließen. Das RAG hat daher im Ergebnis nicht das Vorliegen einer Umgehungsabsicht, sondern ebenfalls die soziale Rechtfertigung geprüft, an die es lediglich, den damaligen sozialen Ansichten entsprechend, etwas geringere Anforderungen stellte, als wir es heute tun. In dem es aber auf diese Weise die mangelnde soziale Rechtfertigung zu Unrecht einer Gesetzesumgehung gleich setzte, blieb es die eigentliche Begründung seines Ergebnisses schuldig. Es löste nicht die Frage, warum K, wenn für sie keine sachlichen Gründe vorliegen, unzulässig sind.

3.) Diese Frage ist nun auch heute noch äußerst umstritten und es wer-

1) Vergl. auch BAG, 21.10.54, AP Nr. 7 zu § 1 KSchG und Böttcher, BB 1955, S. 675.

den eine ganze Anzahl verschiedener Begründungen dafür angeführt. Sie alle stützen sich mehr oder weniger auf das KSchG, das in § 1 Abs. 1 eine Kündigung für rechtsunwirksam erklärt, wenn sie sozial ungerechtfertigt ist, und mit dieser Abgrenzungsmaxime offenbar auch das Vorbild für die oben dargestellte Zulässigkeitsvoraussetzung des K gab. Dabei ist aber zu beachten, daß die im KSchG getroffene Regelung ausschließlich an die Kündigung und damit an das unbefristete ArbVerh anknüpft. Der Bestandsschutz des KSchG kann daher nicht ohne weiteres auf den Zeit- und Kettenvertrag übertragen werden. Vorallem aber kann deshalb dem KSchG auch nicht die Antwort auf die zuerst zu entscheidende Frage entnommen werden, wann K zu be- anstanden sind, d.h. den unbefristeten Verträgen gleichgesetzt werden müssen.²⁾

§ 4 Die Anfechtung der Befristungsabrede unter den Voraussetzungen des KSchG.

1.) Der Gesichtspunkt der sozialen Rechtfertigung als Maßstab für die Zulässigkeit von K findet sich, was die Rechtsprechung betrifft, erstmals in einer Entscheidung des LAG Stuttgart.¹⁾ Der nicht ganz leicht übersehbare Gedankengang des Urteils ist im wesentlichen folgender:

Die Entscheidung geht vom KSchG aus und faßt die dort in § 3 vorgesehene Klage zum ArbGer als eine Anfechtungsklage auf. Es versucht nun für die von selbst eintretende Beendigung des ArbVerh bei einem K eine ähnliche Anfechtungsmöglichkeit zu konstruieren, indem es auf den, nach Ansicht des Gerichts, rechtsähnlichen Fall der Anfechtung einer Willenserklärung nach §§ 119 ff BGB verweist.

Das Gericht sieht nämlich in dem Verlangen des ArbG, das ArbVerh nur auf bestimmte Zeit zu verlängern, gleichzeitig eine Drohung mit sofortiger Entlassung, um den ArbN zu veranlassen, auf die erneute Befristung einzugehen und damit auf den Kündigungsschutz zu verzichten. Diese Drohung sei grundsätzlich rechtswidrig, weil der ArbG

2) Vgl. dazu auch Nikisch, BB 1955, S. 198 (Ziff. 5).

1) U.v. 31.3.54, Betr. 1954, S. 392 = BB 1954, S. 501.

auf eine befristete Verlängerung des ArbVerh keinen Anspruch habe.

Die Anfechtung wegen Drohung will dann das Gericht, damit der ArbN bei einem K nicht besser gestellt werde, als bei einem unbefristeten ArbVerh, in Voraussetzungen und Form wie die Klage nach dem KSchG behandeln, d. h. die Anfechtung soll, sofern die übrigen Voraussetzungen des KSchG vorliegen, nur dann durchgreifen, wenn die Befristung nicht sozial gerechtfertigt ist.

2.) Diese Entscheidung wurde jedoch zu Recht allgemein abgelehnt.

Erhebliche Bedenken bestehen zunächst schon dagegen, daß die wiederholte Befristung dem ArbN grundsätzlich durch eine rechtswidrige Drohung abgenötigt werde. Es mag zwar richtig sein, daß in dem auf weitere Befristung gerichteten Angebot des ArbG die Möglichkeit der fristlosen Entlassung als ein gewisses Druckmittel mitspielt. Es erscheint aber sehr fraglich, ob dieses Verhalten immer eine rechtswidrige Drohung darstellt. Wäre dies der Fall, so würde sich, worauf Molitor hinweist²⁾, der ArbG, da die sofortige Beendigung des ArbVerh für den ArbN in der Regel ein empfindliches Übel darstellt, wegen Nötigung (§ 240 StGB) strafbar machen und der ArbN wäre in seinem Arbeitsplatz sogar strafrechtlich geschützt. Vor allem aber hat der ArbG das Recht auf fristlose Entlassung bei Zeitablauf eben gerade durch die vorhergehende Befristungssabrede erworben und das Gesetz gibt dem ArbN in § 625 BGB einen Anspruch auf unbefristete Weiterbeschäftigung gerade nur dann, wenn der ArbG einer Fortsetzung des ArbVerh nicht widerspricht.

Eine rechtswidrige Drohung kann daher allenfalls dann vorliegen, wenn in einem Sonderfall der K tatsächlich gemäß § 625 BGB in ein unbefristetes ArbVerh übergang und dann der ArbG unter Hinweis auf eine sonst erfolgende fristlose Entlassung den ArbN zur Vereinbarung einer neuen Befristung veranlaßt. Möglicherweise lag ein derartiger Fall der angeführten Entscheidung zugrunde, die dann aber zu Unrecht all-

2) BB 1954, S. 504 (Ziff. 7).

gemeine Geltung für die Behandlung von K in Anspruch nahm.³⁾

Völlig unzulänglich ist es auch, wenn das LAG die Abgrenzung nach dem Gesichtspunkt der sozialen Rechtfertigung bei dem K dadurch herbeiführt, daß es die Anfechtung wegen Drohung in Form und Voraussetzungen des KSchG durchführen will. Wenn, wie das Gericht meint, bei der befristeten Verlängerung tatsächlich stets der Tatbestand einer rechtswidrigen Drohung vorliegen würde, so ist es zunächst unverständlich, warum es dann zur Vermeidung einer Besserstellung des ArbN die erschwerenden Voraussetzungen des KSchG übernehmen will. Denn die widerrechtliche Drohung ist, worauf Höfl hinweist⁴⁾, ein derart einschneidender Tatbestand, daß diese Besserstellung deshalb gerechtfertigt wäre. Es ist dies aber auch rechtlich unmöglich; denn, wenn der Tatbestand einer rechtswidrigen Drohung vorliegt, dann ist der ArbN eben nach § 123 BGB zur Anfechtung berechtigt, und für eine Differenzierung nach der sozialen Rechtfertigung ist kein Platz mehr. Es wäre ein offensichtlicher Gesetzesverstoß, wenn das Gericht an Stelle der ausdrücklich in den §§ 119 ff BGB geregelten Anfechtung die Klage nach dem KSchG mit der entsprechenden kurzen Frist setzen würde.

Schließlich fehlt auch jede Rechtsähnlichkeit zwischen der Klage nach dem KSchG und der Anfechtung dieser Einverständniserklärung des ArbN. Ob es sich bei der Klage nach § 3 KSchG um eine Anfechtungsklage handelt, ist bereits sehr umstritten. Aber selbst wenn man dies gegen den Wortlaut für richtig hält⁵⁾, bestehen zwischen beiden Fällen erhebliche Unterschiede. Im einen Fall betrifft die Anfechtung die Kündigung, im anderen den Vertragsschluß. Auch der Rechtsgrund ist in beiden Fällen verschieden. Vor allem aber richtet sich die Anfechtung nach §§ 119 ff BGB gegen die eigene Willenserklärung, die Klage nach dem KSchG jedoch gegen die Kündigung des ArbG, also gegen eine Willenserklärung des Anfechtungsgegners.

3) Vgl. den Sachverhalt des U und die hiermit übereinstimmenden Ausführungen von Endemann, ArbUR 1954, S. 270 IV.

4) Vgl. Höfl, Diss. S. 87.

5) Vgl. Böttcher, MDR 1952, S. 261 und RdA 1951, S. 83.

§ 5 Entsprechende Anwendung des KSchG bei einem objektiven Bestandsschutzverzicht.

1.) Weit weniger bedenklich als die eben besprochene Entscheidung ist die von Bötticher vorgeschlagene Lösung.¹⁾

Bötticher sieht den maßgeblichen Gesichtspunkt für eine Durchsetzung des allgemeinen Kündigungsschutzes gegenüber den K in dem sogenannten "Prinzip der Unverzichtbarkeit". Er geht davon aus, daß das KSchG einen Bestandsschutz des ArbVerh in der Form eines Rechtes des ArbN auf seinen Arbplatz einführt, und betrachtet von diesem Standpunkt aus den K als einen Verzicht des ArbN auf diese ihm nach dem KSchG zustehenden Rechte. Diesen Verzicht hält er für unzulässig, sofern sich nicht der ArbN aus einem besonderen sozialen oder wirtschaftlichen Grund der Befristung des K unterworfen hat. Diesen als "Verbot des Bestandsschutzverzichtes" bezeichneten Grundsatz will Bötticher aus dem KSchG ableiten, dessen Sinn und Zweck die gleiche Folgerung zulasse, wie sie für den Mieterschutz ausdrücklich in § 49 MSchG formuliert ist: "Auf die nach diesem Gesetz den Beteiligten zustehenden Rechte kann nicht verzichtet werden." Die Unzulässigkeit des Bestandsschutzverzichtes werde dabei allein durch die objektive Missbilligung des ohne wirtschaftlichen Grund abgeschlossenen K bedingt; auf eine besondere Absicht der Parteien komme es daher nicht an.

Wird dieses Verbot verletzt, so hält Bötticher die analoge Anwendung des KSchG auf den mißbilligten K für zulässig. Als Ansatzpunkt für die Klage nach dem KSchG komme dabei die Unterlassung der Weiterbeschäftigung nach Fristablauf in Frage, die als rechtsähnliches Gegenstück zur Kündigung beim unbefristeten Vertrag gemäß § 1 KSchG auf ihre soziale Rechtfertigung zu prüfen sei. Es bleibe auch im Einklang mit dem KSchG, wenn der ArbN hier auf Feststellung klage, daß sein ArbVerh mit dem festgesetzten Endpunkt nicht beendet worden sei.

¹⁾ BB 1955, S. 673 ff.

Gegen eine Behandlung des K als unbefristetes ArbVerh wegen Nichtigkeit der Befristung (§ 134 BGB) hat Bötticher offenbar im Hinblick auf § 620 BGB Bedenken und hält einen derartigen Lösungsweg auch nicht für richtig; denn eine entsprechende Anwendung des KSchG, so meint Bötticher, fordere nicht die Umdeutung der Tatsachen in den normalerweise dem Gesetz unterfallenden Tatbestand, sondern bedeute die Anwendung der gleichen Rechtsfolge auf den rechtsähnlichen Tatbestand.

Praktisch müßte also der ArbN nach diesem Vorschlag innerhalb von drei Wochen nach Ablauf der letzten Befristung eine Feststellungsklage dieses Inhalts erheben. Bei dieser Klage soll dann zu den sonstigen Voraussetzungen des KSchG als weitere Zulässigkeitsvoraussetzung der Nachweis hinzutreten, daß der K einen objektiven Verzicht auf den Bestandsschutz enthalte, weil er sich aus den Umständen nicht rechtfertigen läßt. Nur wenn diese Voraussetzung gegeben sei, werde dann der ArbN mit der Behauptung gehört, daß die Nichtweiterbeschäftigung sozialwidrig im Sinne von § 1 KSchG sei.

2.) Die Bedenken gegen diesen Lösungsvorschlag richten sich weniger dagegen, wie Bötticher die Unzulässigkeit der ungerechtfertigten Befristung begründet, sondern vor allem gegen die entsprechende Anwendung des KSchG auf den mißbilligten K. Die analoge Anwendung eines Gesetzes ist zwar bei rechtsähnlichen Tatbeständen grundsätzlich zulässig. Zu prüfen ist aber stets - und das gilt besonders für das KSchG -, ob sie nicht durch den Willen des Gesetzgebers wenigstens für die ihm bekannten Fälle dadurch ausgeschlossen ist, daß er die enge Fassung des Gesetzes gerade in dieser Absicht wählte. ²⁾

a) Die Rechtsähnlichkeit zweier Tatbestände wird dann erkennbar, wenn man unter Ausscheidung aller unwesentlichen Voraussetzungen den Grundgedanken des Gesetzes herauschält. ²⁾ Es genügt daher nicht, wenn man, wie Bötticher, zur Darlegung der Rechtsähnlichkeit der Kündigung des unbefristeten ArbVerh mit der Unterlassung der Weiterbeschäftigung bei einem K darauf hinweist, daß es sich hier in beiden Fällen um ein

2) Vergl. Ennecc. - Nipp. § 58 II 1 u. 4.

ähnliches Verhalten des ArbG handle. Entscheidend ist hier vielmehr die Frage nach dem Zweck des KSchG.

Diese Frage wird heute allgemein mit dem Schlagwort "Bestandsschutz" beantwortet. Dabei gehen aber gerade die Ansichten darüber, was man darunter zu verstehen hat, sehr auseinander. Die Scala der Umschreibungen reicht von einem "absoluten Recht am Arbeitsplatz" (im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB)³⁾ über ein "relatives Recht auf den Arbeitsplatz"⁴⁾ bis zum bloßen "Schutz des Arbeitsplatzes"⁵⁾. Es soll jedoch hier nicht auf diese Einzelfragen eingegangen werden; denn es erscheint fraglich, ob dadurch Wesentliches zur Lösung des Problems der K beigetragen werden kann. Diesen verschiedenen Definitionen ist jedenfalls, was den Zweck des KSchG betrifft, die Vorstellung gemeinsam, daß ein ArbN nach einer bestimmten Dauer der Betriebszugehörigkeit seinen Arbeitsplatz ohne besondere Gründe nicht mehr verlieren soll.

Falsch dürfte es jedoch sein, den Zweck des KSchG, wie Höfl meint⁶⁾, nur darin zusehen, daß es den Rahmen festlegt, in dem der ArbG berechtigt ist, das ArbVerh einseitig durch Kündigung zu lösen. Denn bei den besonderen Verhältnissen des AR ist die Unterscheidung zwischen einseitiger Gestaltung und zweiseitiger Regelung hinsichtlich des ArbN - Schutzes in aller Regel nicht gerechtfertigt, da der sozial abhängige ArbN auch bei einer vertraglichen Regelung seine Belange meist nur beschränkt durchsetzen kann. So liegt auch das im Wege der Befristung festgelegte Ende des ArbVerh nicht immer auch im Interesse des ArbN, wie ja gerade das Problem des K zeigt. Außerdem hat sich auch beim unbefristeten ArbVerh der ArbN gerade durch die Wahl dieser Vertragsform mit der späteren einseitigen Lösung durch die Kündigung des ArbG einverstanden erklärt.

Fraglich ist dagegen, ob die Herausstellung des Grundgedankens des

3) Hedemann, RdA 1953, S. 124; Hueck - Nipp, Lehrb Bd. II S. 637; LAG Düsseldorf, BB 1958, S. 268.

4) Hueck, KSchG, Anm. 13 zu § 1; derselbe, Festschrift für Hedemann 1958, S. 137; ähnlich auch Gebh. Müller, D BetrV 1955, Heft 2, S. 4.

5) Molitor, BB 1952, 494

6) Diss., S. 53 ff.

KSchG, so wie sie oben erfolgte, nicht bereits zu weit geht, wenn sie, wie hier, zum Zwecke der Analogie erfolgt. Denn in diesem Fall dürfen nur unwesentliche Voraussetzungen eines Gesetzes außeracht gelassen werden.⁷⁾ Die Erklärung, daß das KSchG den ArbN nach sechs-monatiger Betriebszugehörigkeit gegen den Verlust des Arbeitsplatzes schützen soll, läßt aber nicht nur unberücksichtigt, daß das KSchG eine Kündigung und damit ein unbefristetes ArbVerh voraussetzt, sondern übergeht auch den inneren Grund dieser Regelung. Denn dieser Umstand beruht nicht lediglich darauf, daß der Gesetzgeber hier von dem unbefristeten ArbVerh als den Regelfall ausgegangen ist.⁸⁾ Es läßt sich vielmehr ein verständlicherer Grund dafür anführen, der darin besteht, daß bei einem befristeten ArbVerh im Normalfall bereits durch den Ausschluß der ordentlichen Kündigung ein gewisser Bestandsschutz geschaffen ist.⁹⁾

Schließt man also auch diesen Umstand in die Überlegung ein, so kommt man zu dem Ergebnis, daß zwar für den einfachen Zeitvertrag die Anwendung des KSchG an der mangelnden Rechtsähnlichkeit beider Tatbestände scheitern muß, was auch allgemein anerkannt ist.¹⁰⁾ Für den K dagegen kann zumindest die Rechtsähnlichkeit als Voraussetzung einer Analogie nicht geleugnet werden. Denn die Besonderheit des K liegt, wie oben dargestellt, gerade darin, daß durch eine solche Vertragsgestaltung der durch die Befristung gewährte Schutz verloren geht. b) Für den K besteht dann aber die weitere Frage, ob eine solche Analogie nicht dem Willen des Gesetzgebers widerspricht. Böttcher geht auf diese Frage nicht besonders ein. Er behauptet vielmehr, daß das Verbot des Bestandsschutzverzichtes im Falle seiner Verletzung dazu berechtige, den K dem KSchG zu unterstellen. Dagegen bestehen jedoch erhebliche Bedenken.

Es mag richtig sein, daß aus einer Reihe von Einzelregelungen¹¹⁾ als allgemeines, arbeitsrechtliches Prinzip abgeleitet werden kann, daß in allen Fällen, in denen der Gesetzgeber zeigt, daß ihm der Schutz

7) siehe Ennecc.-Nipp., a a O.

8) So ArbGer München-Gladbach, Urteil v. 16.7.54, SAE 1955, S. 11 ff und auch BAG 1, 128.

9) So auch Höfl, a a O, S. 25, 26.

10) Siehe oben § 1 Anm. 5.

11) Vergl. z.B. § 49 MSchG u. § 4 Abs. 4 TVG.

des ArbN höher steht als die Vertragsfreiheit zwischen ArbG und ArbN, jeder Vereinbarung, die einen Verzicht des ArbN auf diesen Schutz beinhaltet, der Erfolg versagt bleiben muß.¹²⁾ Es steht auch außer Zweifel, daß ein ohne rechtfertigenden Grund abgeschlossener K einen Verzicht des ArbN auf den Kündigungsschutz darstellt. Die Frage ist nur, ob das KSchG wirklich einer jener Fälle ist, in denen der Gesetzgeber erkennen läßt, daß ihm der Schutz des ArbN höher steht als die Vertragsfreiheit oder ob nicht lediglich der Schutz des ArbN ein solches Verichtsverbot für das KSchG als wünschenswert erscheinen läßt.

Aber selbst, wenn man insoweit der Ansicht Bötticher's folgt, ist damit doch nur gesagt, daß der Befristung eines K, der einen unzulässigen Verzicht auf den Bestandsschutz darstellt, der Erfolg zu versagen ist. Die weitere Frage dagegen, ob es dem Willen des Gesetzgebers entspricht, wenn in einem solchen Fall das KSchG auf den K angewendet wird, bedarf einer eigenen Prüfung und ist zu verneinen. Denn es war seit Einführung des Kündigungsschutzes zu Beginn der 20er Jahre bis zum Kündigungsschutzgesetz, wenn auch nicht unbestritten, so doch die herrschende Lehre, daß der Kündigungsschutz nur für den Fall einer Kündigung und nicht für die Beendigung des ArbVerh aus anderen Gründen gelte.¹³⁾ Das war dem Gesetzgeber bei Erlass des KSchG sicher bekannt. Hätte er deshalb daran etwas ändern, insbesondere den Bestandsschutz auf das befristete ArbVerh ausdehnen wollen, so hätte er dies in dem speziell auf den Fall der Kündigung ausgerichteten KSchG irgendwie zum Ausdruck bringen müssen.¹⁴⁾ Da aber ein derartiger Hinweis unterblieb, kann aus dem KSchG nur das Gegenteil geschlossen werden. So ist auch heute der Grundsatz, daß die Anwendung des KSchG eine Kündigung voraussetzt, im Gegensatz zu der oben für das frühere Recht erwähnten Literatur - von Bötticher abgesehen - unbestritten.

Für die α Ansicht spricht auch die Regelung des Mieterschutzes im MSchG. Auch dieses Gesetz ist auf den Fall der Kündigung abgestellt und die Regelung des BGB hinsichtlich der Beendigung des Mietverhältnisses

12) Vgl. Bötticher, BB 1955, S. 674 (I); vgl. dazu auch Nipperdey, Beiträge zum Tarifrecht, S. 26 für den Tariflohn vor der gesetzlichen Regelung.

13) Vgl. die Zusammenstellung der Literatur für das frühere Recht bei Hueck, Lehrb., 5. Aufl., S. 352.

14) Vgl. Hueck, Lehrb., S. 485 Anm. 37.

entspricht völlig der des Dienst-. bzw. ArbVerh.¹⁵⁾ Hier aber hat der Gesetzgeber im Gegensatz zum KSchG in § 1 Abs 2 MSchG die entsprechende Anwendung des Gesetzes auf das befristete Mietverhältnis ausdrücklich vorgesehen, und zwar zusätzlich zu dem von Böttlicher herangezogenen Verichtsverbot in § 49 MSchG.

Die von Böttlicher vorgeschlagenen analoge Anwendung des KSchG auf den mißbilligten K ist daher trotz der Rechtsähnlichkeit des K mit dem unbefristeten ArbVerh nicht möglich.

§ 6 Die Ausdehnung des Bestandsschutzes des KSchG mit Hilfe des Sozialstaatsprinzips .

1.) Das BAG hat in der Grundsatzentscheidung vom 21.10.1954¹⁾ eine eigene Lösung des Problems des K entwickelt. Auch das BAG geht davon aus, daß es Aufgabe des KSchG sei, dem ArbN den Bestand seines Arbeitsplatzes zu schützen, und versucht nun, diesen Bestandsschutz mit Hilfe des im GG verankerten Sozialstaatsprinzips auf den K auszudehnen.

Das BAG ist sich dabei von vornherein der Problematik eines solchen Vorhabens bewußt. So stellt die Entscheidung einleitend fest, daß der nur bei der Kündigung gewährte Schutz des KSchG auf das befristete ArbVerh unmittelbar keine Anwendung finden kann. Dabei will das BAG, wie aus dem Zusammenhang hervorgeht, mit dem Zusatz "unmittelbar" nicht etwa die Möglichkeit einer analogen Anwendung offen lassen, sondern es will damit zum Ausdruck bringen, daß es eine Ausdehnung des Kündigungsschutzes nur in der Weise für möglich halte, daß der sozialwidrige K sich in ein unbefristetes ArbVerh umwandelt.

In der Entscheidung wird weiter vorausgeschickt, daß sich die grundsätzliche Zulässigkeit des befristeten ArbVerh im Arbeitsrecht nicht nur aus § 620 BGB, sondern auch aus dem unserer Rechtsordnung eigenen Grundsatz der Vertragsfreiheit ergebe, und daß auch das KSchG die Befristung nicht ausdrücklich verbietet. Schließlich, so meint das

15) Vgl. § 564 BGB.

1) BAG 2 AZR 25/53 = BAG 1, 128 = AP Nr. 7 zu § 1 KSchG.

BAG, könne ein solches Verbot auch nicht aus dem Zweck des KSchG hergeleitet werden.

2.) Das BAG ist jedoch der Ansicht, daß der im KSchG gewährte Bestandsschutz in seinem Bereich den in Art 20 Abs 1 und 28 Abs 1 GG niedergelegten und nach Art 79 Abs 3 verfassungsfesten Grundsatz des sozialen Staates verwirkliche. Wenn § 1 KSchG bei einer mehr als sechs-monatigen Zugehörigkeit des ArbN zum Betrieb eine Sicherung des Arbeitsplatzes gibt, so enthalte diese Vorschrift vom Grundsatz des sozialen Staates aus gesehen einen allgemeinen Rechtsgedanken. Es sei auch kein innerer Grund dafür ersichtlich, daß dieser Verfassungsgrundsatz, wie er im KSchG verwirklicht sei, an der rechtlichen Gestaltung des ArbVerh scheitern sollte. Daß das KSchG nur der Kündigung als Regelfall sein Augenmerk zuwende, könne dem Sozialstaatsprinzip in seiner durch das KSchG ausgeprägten Gestalt der Bestandssicherung nicht seinen Inhalt und seine Wirkung bei den K nehmen. Wenn das positive Recht die K außer acht lasse, so werde hier die in § 45 Abs 2 S. 2 ArbGG dem BAG aufgetragene Aufgabe, das Recht fortzubilden, bedeutsam.

Sofern daher die beim K vorgesehene Fristbestimmung im gegebenen Fall mit dem im KSchG zum Ausdruck gebrachten Grundsatz des Bestandsschutzes nicht vereinbar sei, verstoße sie gegen ein gesetzliches Verbot und sei daher gemäß § 134 BGB nichtig. Der ArbVertr selbst aber bleibe als unbefristet und nur durch Kündigung beendbar gültig. Die Regel des § 139 BGB sei nicht anwendbar, da sonst der zu schützende ArbN in aller Regel noch schlechter gestellt werde und der Schutzgedanke der Bestandssicherung in sein Gegenteil verkehrt werden würde.

Auf Grund dieser Überlegungen kommt das BAG zu dem Ergebnis, daß K zunächst immer dann nicht zu beanstanden sind, wenn das KSchG auch bei einem unbefristeten ArbVertr nicht Anwendung finden würde, wenn also eine Ausnahme des KSchG zu-trifft. Das gleiche habe auch dann zu gelten, wenn es sich um K mit ArbN handle, die auf Grund besonders

günstiger wirtschaftlicher und sozialer Verhältnisse ihre Interessen selbst genügend wahrnehmen können, da dann kein Anlaß bestehe, den Grundsatz der Vertragsfreiheit einzuschränken. In den übrigen Fällen sei dagegen die beim K vorgesehene Befristung nur dann mit dem Bestandsschutzprinzip zu vereinbaren, wenn auch ein verständiger ArbG, der die Interessen der ArbN und des Unternehmens gleichermaßen berücksichtigt, die Form des K gewählt hätte.

3.) Mit dieser Entscheidung schuf das BAG die Grundlage für eine ganze Reihe im Prinzip gleich-lautender Urteile.²⁾ Diese Rechtsprechung, die auch von dem größten Teil der LAG³⁾ übernommen wurde, hat reichlich Kritik erhalten. Eine Darlegung des Für und Wider soll jedoch erst später im Zusammenhang mit einer weiteren, im Anschluß dargestellten Lösungsmöglichkeit erfolgen.

Hier soll nur darauf hin-gewiesen werden, daß das BAG in seiner Grundsatzentscheidung die an Hand der bereits dargestellten Lösungsversuche aufgezeigten Mängel weitestgehend vermieden hat. Ein schon im Zusammenhang mit dem Vorschlag von Böttcher⁴⁾ geäußertes Bedenken trifft aber auch hier zu. Auch das BAG verallgemeinert den Grundgedanken des KSchG zu sehr. Es sieht ebenfalls den Grund dafür, daß das KSchG nur auf den Fall der Kündigung abstellt, allein darin, daß der Gesetzgeber dabei nur den Regelfall berücksichtigte. Es bedenkt also nicht, daß für den normalen Zeitvertrag schon die Befristung selbst einen entsprechenden Bestandsschutz schafft, der nur beim K entfällt. Dieser Mangel wirkte sich zwar in der Grundsatzentscheidung vom 21.10.54, die sich allein mit den K befaßte, nicht weiter aus. Er führte aber dazu, daß das BAG in einer zweiten Entscheidung vom gleichen Tage⁵⁾ die für den K aufgestellten Grundsätze zu Unrecht auf den einfachen Zeitvertrag ausdehnte.⁶⁾

2) Vgl. U. v. 12.5.55 = AP Nr. 2 zu § 620 BGB (befr. ArbVertr); v. 14.6.55 = AP Nr. 8 zu § 1 KSchG; vom 26.11.55 = AP Nr. 14 zu § 1 KSchG; vom 26.3.57 = AP Nr. 29 zu § 1 KSchG; v. 26.3.56 = AP Nr. 5 zu § 620 BGB (befr. ArbVertr) v. 21.12.57 = ArbuR 1959, S. 24 u. v. 20.11.58 = Betr. 1959, S. 174.

3) Vgl. insb. LAG Hamburg, v. 30.6.55 = AP Nr. 3 zu § 620 BGB (befr. ArbVertr) u. v. 4.6.57 = ARSt XIX, Nr. 17.

§ 7 Der K als Verletzung der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers.

1.) Sämtlichen bisher in diesem Abschnitt dargestellten Lösungsversuchen ist gemeinsam, daß sie den Maßstab für die Zulässigkeit des K aus dem KSchG übernehmen. Dies erreichen sie, indem sie entweder das KSchG selbst oder doch zumindest dessen Bestandsschutzgedanken auf den K ausdehnen.

Auch die im folgenden dargestellte Lösung von Hueck ¹⁾ und Nikisch ²⁾ übernimmt letzten Endes die Grenzziehung aus dem KSchG. Der Weg aber, den sie dabei einschlagen, unterscheidet sich sehr wesentlich von dem der bisher dargestellten Versuche. Dies zeigt sich schon im Ausgangspunkt. Während Bötticher und auch das BAG nur beachten, daß durch einen K der Bestandsschutz des KSchG ausgeschaltet wird, berücksichtigen Hueck ³⁾ und ihm folgend Nikisch auch die Kündigungsfristen. Denn auch der darin zum Ausdruck kommende Wille des Gesetzgebers, daß der ArbN in der Regel seine Stelle nicht automatisch, vor allem aber nicht unvorbereitet verlieren soll, wird ja beim K, wie oben aufgezeigt, ebenfalls vereitelt.

Der wesentliche Unterschied liegt jedoch in der Schlußfolgerung, die aus diesen Auswirkungen des K gezogen wird. Hueck führt dazu aus:

Wenn der ArbG durch den K dem ArbN den ihm für den Regelfall zubilligten Schutz nimmt, so könne dies ebenso sozial ungerechtfertigt sein, wie eine Kündigung ohne genügende Gründe nach § 1 KSchG sozial ungerechtfertigt ist. Eine solche Kündigung stelle aber nach heutiger Auffassung ⁴⁾ eine Verletzung der Fürsorgepflicht des ArbG dar, aus

4) siehe oben § 5, Ziff. 2a.

5) BAG 21.10.54, 2 AZR 40/53 = BAG I, 136 = AP Nr. 1 zu § 620 BGB (betr. ArbVertr.).

6) Eine gesonderte Stellungnahme zu den Fragen des einfachen Zeitvertrages erfolgt im Anhang.

1) Lehrb I, S. 483 ff u. RdA 1953, S. 85 ff.

2) Lehrb. I, S. 549 ff; vergl. daneben auch Nipperdey in Staudinger, BGB, § 620 Anm. 13

3) RdA 1953, S. 87 (Ziff. 6).

4) Vgl. dazu auch Herschel-Steinmann, KSchG, Anm. 3 u. 3a vor § 1; Hueck, KSchG, Einleitung III 5a.

der das KSchG lediglich die erforderlichen Konsequenzen ziehe, Genauso bedeute daher auch der Ausschluß des Kündigungsschutzes und der Kündigungsfristen durch den K eine Verletzung der Fürsorgepflicht des ArbG, wenn dafür keine ausreichenden sozialen und wirtschaftlichen Gründe vorhanden sind. Denn der ArbG liefere durch eine solche vom Normalen abweichende Vertragsgestaltung den ArbN einer Ungewißheit aus, wie sie unsere Rechtsordnung nicht für sozial wünschenswert hält.

Eine schuldhafte Verletzung der Fürsorgepflicht mache nun als positive Forderungsverletzung den ArbG schadensersatzpflichtig. Schadensersatz aber bedeute nach § 249 BGB in erster Linie die Herstellung des Zustandes, der ohne die zum Schadensersatz verpflichtende Handlung bestehen würde. Da der ArbG den ArbN der Fürsorgepflicht entsprechend auf unbestimmte Zeit hätte einstellen müssen, muß er sich daher jetzt gefallen lassen, daß er genauso behandelt wird, wie wenn er den ArbN auf unbestimmte Zeit eingestellt hätte. Der sozial ungerechtfertigte K sei daher im Ergebnis wie ein ArbVerh auf unbestimmte Zeit zu behandeln.

2.) Nachzuholen ist dazu, daß auch das RAG in seiner letzten Entscheidung zu den K ⁵⁾ zwar von seiner oben besprochenen Rechtsprechung ausging, im Ergebnis aber doch den Gesichtspunkt der Fürsorgepflicht billigte. Ebenso hat das BAG, das in der oben besprochenen Entscheidung ⁶⁾ noch ausführte, es gehe nicht an, den ArbN nur bei einer dem ArbG vorzuwerfenden Verletzung der Fürsorgepflicht zu schützen, inzwischen in einer Entscheidung vom 26. 11. 55 den Abschluß eines K als "eine dem ArbG vorzuwerfende Verletzung seiner Fürsorgepflicht" bezeichnet hat. ⁷⁾ Schließlich haben auch eine Reihe von LAG ihre Entscheidungen entweder ausschließlich auf die Verletzung der Fürsorge-

5) RAG, U. v. 5. 1. 38, ArbRSam 32, 174; erwähnt auch schon in RAG ArbRSam 28, 343.

6) BAG, 2 AZR 25/53 = BAG I, 128.

7) 2 AZR 516/54 = AP Nr. 14 zu § 1 KSchG.

pflcht gestützt oder doch diese zur Unterstützung ihrer Ansicht herangezogen.⁸⁾

Natürlich wurde auch diese Lösung des Problems und die ihr folgende Rechtsprechung zum Teil recht heftig angegriffen. Eine Wiedergabe der dabei angeführten Bedenken soll jedoch den folgenden Kapiteln vorbehalten bleiben.

III. ABSCHNITT

Lösung mit Hilfe der Rechtsscheinlehre.

§ 8

1.) Gegen eine Beurteilung der Zulässigkeit von K nach dem Gesichtspunkt der sozialen Rechtfertigung, wie sie allen im vorausgehenden Abschnitt dargestellten Lösungen gemeinsam ist, wendet sich heute allein noch Molitor. In dem gemeinsamen Ergebnis, daß der sozial ungerechtfertigte K wie ein unbefristeter ArbVertr zu behandeln ist, sieht Molitor eine "Korrektur des erklärten Parteiwillens", die er mit dem Grundsatz der Vertragsfreiheit für unvereinbar hält.¹⁾

Molitor schlägt deshalb eine eigene Lösung des Problems vor.²⁾ Seiner Meinung nach sei es am zweckmäßigsten, bei K davon auszugehen, ob der ArbN unter den gegebenen Umständen, insbesondere mit Rücksicht auf die fortgesetzte Verlängerung des ArbVertr mit einer weiteren Verlängerung rechnen konnte. Treffe dies zu, sollte also der Vertrag zumindest in der unwidersprochenen Vorstellung des ArbN auf unbestimmte Zeit, jedenfalls aber erneut auf die bestimmte Zeit der letzten Verlängerung laufen, so sei der Vertrag dieser Vorstellung entsprechend umzudeuten.

8) Schon vor 1945: LAG Düsseldorf, 2.7.37, ArbRSam 32,37. - nach 1945: LAG Bremen, 10.2.54, AP 54 Nr. 146; Hamburg, 30.6.55, AP Nr. 3 zu § 620 BGB (befr. ArbVertr); Hannover, 17.12.52, BB 1953, S. 235; Mannheim, 8.7.53, BB 1953, S. 850; München, 8.3.56, WA 1957, S. 109.

1) AR- Blattei, K, I. Allgem.

2) BB 1954, S. 505 (Ziff. 6).

2.) Nach dieser Auffassung kann also der ArbN bei einem K nur dann geschützt werden, wenn das ArbVerh bereits mehrfach verlängert wurde und der ArbN trotz der Zeitbestimmung bei der letzten Verlängerung mit weiteren Verlängerungen rechnen konnte. Dadurch wird, was Molitor selbst zugibt, der Schutz des ArbN stark eingeschränkt.

Ob es angesichts der für den K bestehenden Gesetzeslücke wirklich erforderlich ist, die Grenzen so weit zurückzustecken, erscheint sehr fraglich ³⁾, zumal wenn man bedenkt, wie weit das AR als soziales Schutzrecht des abhängigen ArbN in anderen Fällen den Schutz des ArbN unter Einschränkung der Vertragsfreiheit ausdehnte. Doch wird diese Frage noch in einem anderen Zusammenhang behandelt werden. ⁴⁾

3.) Im Gegensatz zu dem von Molitor befürworteten Ergebnis selbst besteht jedoch gegen die dazu gegebene Begründung kein Bedenken. Wenn Endemann ⁵⁾ dazu meint, es sei einfach unerfindlich, wie die These Molitors dem ArbN zu einer Umwandlung oder Umdeutung des K in ein ArbVerh auf unbestimmte Zeit verhelfen könnte, so ist das jedenfalls in rechtlicher Hinsicht nicht haltbar. Denn, was Molitor vorschlägt, ist nichts anderes als eine Heranziehung des Grundsatzes von Treu und Glauben in der Form des Rechtsscheinprinzips. ⁶⁾ Danach muß sich der ArbG, wenn er durch die wiederholten Verlängerungen bei dem ArbN den Eindruck hervorruft, er solle einem auf unbestimmte Zeit eingestellten ArbN gleichstehen oder doch zumindest noch längere Zeit beschäftigt werden, an dieser von ihm verursachten Vorstellung festhalten lassen. Die Berufung auf die an sich wirksame Befristung würde im Hinblick auf sein früheres Verhalten gegen § 242 BGB verstoßen. Sie würde an dem daraus abgeleiteten Prinzip der Unzulässigkeit des gegensätzlichen Verhaltens (venire contra factum proprium) scheitern. ⁷⁾

3) Vergl. Hueck, Lehrb. S. 485 Anm 37.

4) Siehe unter § 14.

5) ArbuR 1954, S. 269.

6) So auch Höfl, Diss. S. 94.

7) Vergl. Ennecc. -Lehm., § 4 II 5 und Palandt, Anm 4 d zu § 242 BGB.

Dadurch ist der ArbG gezwungen, den ArbN entsprechend der von ihm hervorgerufenen Vorstellung zu behandeln, d. h. er muß kündigen oder zumindest nochmals befristet verlängern. Einer Umdeutung gemäß § 140 BGB, die meist an dem entgegenstehenden Willen des ArbG scheitern würde, bedarf es also nicht.

4.) In tatsächlicher Hinsicht dagegen wird die These Molitors in aller Regel versagen. Insoweit ist die Kritik von Endemann voll berechtigt. Denn die Ansicht Molitors gibt es praktisch dem ArbG in die Hand, die tatsächlichen Verhältnisse stets so zu gestalten, daß der K einer Nachprüfung standhält. In dem Gros der Fälle widerspricht nämlich bereits die Wahl der Befristung als solche der Vorstellung, die sich der ArbN hinsichtlich weiterer Verlängerungen gebildet hat. Der ArbG muß also schon sehr unklug vorgehen, wenn er es dazu kommen läßt, daß diese Vorstellung des ArbN unwidersprochen bleibt und zu der oben dargestellten Behandlung des K Anlaß gibt.

Die Ansicht Molitors führt also, abgesehen von der bedenklich weiten Grenzziehung für die Zulässigkeit des K, vor allem praktisch zu keinem befriedigenden Ergebnis.

IV. ZUSAMMENFASSUNG

Aufgabe dieses Kapitels war es, einen Überblick zu geben über die verschiedenen Lösungsversuche. Dabei ging das Bemühen dahin, die Entwicklung des Problems darzustellen, die Eigenart und das Gemeinsame der einzelnen Lösungen aufzuzeigen und schließlich eine erste Auslese unter ihnen zu treffen.

Dabei verblieben als Gegenstand der weiteren Untersuchung noch zwei der aufgezeigten Lösungsmöglichkeiten. Es sind dies die Rechtsprechung des BAG und die von Hueck und Nikisch vertretene Auffassung. Beide Theorien stimmen hinsichtlich der Voraussetzungen, die für die Zulässigkeit des K gelten sollen, im Prinzip überein. Das be-

deutet jedoch nicht, daß beide Ansichten auch hinsichtlich aller Einzelfragen und damit im konkreten Anwendungsfall stets zum gleichen Ergebnis führen müssen. Denn dieses konkrete Ergebnis hängt weitgehend vom Lösungsweg, d.h. von der Art der Begründung ab, und darin unterscheiden sich beide Theorien gerade sehr wesentlich.

Im folgenden soll nun zu-erst zu den Bedenken, die gegen beide Ansichten bestehen, Stellung genommen werden (Kapitel 2) und dann die verschiedene Tragweite beider Lösungen, d.h. die praktische Bedeutung des Theorienstreits aufgezeigt werden (Kapitel 3).

2. KAPITEL

Sozialstaatsprinzip oder Fürsorgepflicht? Die Verwertbarkeit beider Generalklauseln zur Lösung des Problems der K

I. ABSCHNITT

Inhalt und Bedeutung beider Generalklauseln und der mit ihrer Hilfe gefundenen Lösungen.

§ 9 Die Fürsorgepflicht

Beide hier zu untersuchenden Lösungen gehen, wie oben aufgezeigt, sehr verschiedene Wege. Gemeinsam ist ihnen aber, daß sie zur Begründung jeweils eine Generalklausel heranziehen. Eine Stellungnahme zu beiden Ansichten setzt daher voraus, daß man sich zuerst auf Inhalt und Bedeutung dieser Grundsätze besinnt.

Was die Fürsorgepflicht betrifft, so handelt es sich dabei um einen verhältnismäßig alten und daher viel erörterten Begriff, der eine abwechslungsreiche Entwicklungslinie aufweist und noch heute sehr umstritten ist. Natürlich können hier nicht alle Fragen, die mit den Treue- und Gemeinschaftsgedanken zusammenhängen, erörtert werden, sondern es kann sich nur darum handeln, das, was für das Sonderproblem des K notwendig ist, in kurzen Zügen aufzuzeigen.¹⁾

1.) Unter der Fürsorgepflicht des ArbG versteht man dessen Verpflichtung, im Rahmen des ArbVerh sich für den ArbN einzusetzen, ihm Schutz- und Fürsorge zuteil werden zu lassen, und alles zu unterlassen, was die Interessen des ArbN zu schädigen geeignet ist.²⁾ Sie ist der übliche Ausdruck für die der Treuepflicht des ArbN gegenüberstehende Treuepflicht des ArbG³⁾ und damit ein Ausfluß der Eigenschaft des ArbVerh als perso-

1) Vergl. daneben die umfassende Darstellung v. R. Lehmann, *Entwicklung u. Inhalt d. Fürsorgepflicht des Unternehmers*, 1940.

2) Hueck, *Lehrb.*, S. 357.

3) Siebert, *RdA* 1958, S. 368 (II, 1).

nenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis. Sie ist also letzten Endes eine Folge des deutsch-rechtlichen Gedankens, daß der ArbG dem ArbN für dessen Treue Schutz und Fürsorge schuldet. ⁴⁾

Da der ArbG im ArbVerh auf Grund der Abhängigkeit des ArbN die übergeordnete Stellung einnimmt, äußert sich seine Treuepflicht hauptsächlich in der Verpflicht zur Fürsorge und wird deshalb nach diesem hervorstechenden Merkmal genannt.

2.) Grundvoraussetzung für die Anerkennung einer derartigen Fürsorgepflicht des ArbG ist also, daß man den personenrechtlichen Charakter des ArbVerh. bejaht. ⁵⁾ Geht man dagegen von der Auffassung aus, daß diese Umschreibung des ArbVerh heute der Wirklichkeit nicht mehr entspricht ⁶⁾, so sieht man sich genötigt, die Fürsorgepflicht durch ein anderes Prinzip zu ersetzen. In dieser Richtung liegt der Versuch, den Status-Gedanken nutzbar zu machen ⁷⁾, vor allem aber die Absicht, die Fürsorgepflicht durch das sog. "sozialrechtliche Schutzprinzip" zu ersetzen. ⁸⁾ Hierher gehört letzten Endes auch der Versuch, den Grundsatz des sozialen Staates zu Entscheidungen heranzuziehen, die vorher mit Hilfe der Fürsorgepflicht gelöst wurden. ⁹⁾

3.) Als Rechtsgrundlage der Fürsorgepflicht konnte früher § 2 Abs 2 AOG herangezogen werden. Darin war die Fürsorgepflicht ausdrücklich anerkannt, allerdings nur in der besonderen Form der Fürsorgepflicht des "Betriebsführers" gegenüber dem "Gefolgsmann". Anhand dieser Vorschrift hat sich jedoch die Fürsorgepflicht unter Ausdehnung auf den Unternehmer in seiner Funktion als ArbG zu einer allgemeinen Generalklausel des AR entwickelt. ¹⁰⁾ Es fragt sich daher, ob nach dem

4) Maus, das ArbVerh, S. 192.

5) Vgl. Siebert, a.a.O., S. 368 (I 1); es entspricht dies auch d.hL; a.A. sind Schnorr v. Carolsfeld, Lehrb, S. 161 ff; Rehhahn, ArbUR 1956, S. 38; Bedenken hat auch Maus, d. ArbVerh., S. 136.

6) Vgl. insbes. Werner, A 8 R Bd. 81 S. 92.

7) Von Siebert a.a.O., S. 368 angedeutet.

8) So insbes. Dersch, RdA 1949, S. 326 u. Bulla, RdA 1950 S. 89 ff.

9) So die Praxis des BAG; siehe unten § 10; befürwortet insbes. v. Werner a.a.O., S. 92.

10) Vergl. Hueck, Die Pflicht des Unternehmers zur Fürsorge für den

Wegfall dieser gesetzlichen Vorschrift auch im gegenwärtigen Recht eine ausreichende Begründung dieser Fürsorgepflicht möglich ist. Die neue Rechtsgrundlage wird heute überwiegend in § 242 BGB gesehen. Jedoch wird dagegen gelegentlich auch das Bedenken geäußert, daß der Grundsatz von Treu und Glauben zwar ein brauchbares Hilfsmittel sei, aber doch nicht den Kern der Sache treffe.¹¹⁾

4.) Die Entscheidung dieser Streitfrage ist bedingt durch das Wesen, vor allem aber durch die Stellung der Fürsorgepflicht im Privatrechtssystem. Um die Aufklärung dieser Zusammenhänge, die, wie sich noch zeigen wird, besonders im Falle der K von Bedeutung sind, hat sich vor allem Hueck bemüht.¹²⁾ Er geht dabei von den Begriffen "gute Sitte" und "Treu und Glauben" aus. Diese an und für sich dem Bereich der Ethik angehörenden Begriffe sind in den §§ 138 und 826, bzw. in § 242 BGB zu Rechtsbegriffen gemacht worden. In diese Reihe ist auch die Treuepflicht aufzunehmen. Auch sie ist ein sittlicher Begriff, der rechtliche Bedeutung gewonnen hat, wenngleich eine den oben angeführten §§ entsprechende Norm heute fehlt.

Hueck unterscheidet nun diese drei verschiedenen sittlichen Maßstäbe hinsichtlich Anwendungsgebiet und Inhalt der Verpflichtung. Der allgemeinste dieser Maßstäbe ist, wie insbesondere § 826 BGB zeigt, der der guten Sitten. Er gilt im Verhältnis zu jedem Dritten, also auch gegenüber dem völlig Fremden und verlangt, daß man ihnen gegenüber eine sittenwidrige Schädigung unterläßt. § 242 BGB dagegen ist nur gegenüber Personen anwendbar, zu denen man bereits in rechtlicher Beziehung steht. Dementsprechend verlangt er auch wesentlich mehr, nämlich daß man sein ganzes Verhalten nach dem Grundsatz von Treu und Glauben ausrichtet, also auch positiv das tut, was dieser Grundsatz mit Rücksicht auf die besondere Natur des konkreten

Gefolgsmann, Festschrift für Hedemann 1938, S. 312 ff; Hueck - Nipp. - Dietz, AOG, Anm. 16 P und 17 b zu § 2.

11) Vgl. insbes. Dersch, a. a. O., S. 326 (II, 2).

12) Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, Sitzungsbericht der Bayer. Akademie der Wissenschaften, Jahrg. 44/46, Heft 7.

Rechtsverhältnisses erfordert.

Die Treuepflicht setzt nun ein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis voraus und sie geht auch inhaltlich wesentlich über das hinaus, was § 242 BGB verlangt. Sie erschöpft sich nicht in der ordnungsgemäßen Erfüllung einer Leistung und in gelegentlichen Nebenpflichten, sondern es besteht hier grundsätzlich die Verpflichtung, sich für die beiderseitigen Interessen mit allen Kräften einzusetzen. Es erweitern sich also bei der Treuepflicht noch einmal die Anforderungen und es verengert sich dementsprechend das Anwendungsgebiet.

Das wesentliche dabei ist aber, daß sämtliche hier erörterten Begriffe ethische Begriffe sind und deshalb sich nicht widersprechen können. Was also mit Treu und Glauben nicht vereinbar ist, kann sich auch mit der Treuepflicht nicht vereinbaren lassen. Der Unterschied ist daher lediglich ein gradueller, d.h. daß ein Verstoß gegen die Treuepflicht eher anzunehmen ist als ein Verstoß gegen Treu und Glauben.

Aus diesen von Hueck klargestellten Zusammenhängen muß also der Schluß gezogen werden, daß die Treuepflicht und der Grundsatz von Treu und Glauben nicht zwei wesensverschiedene Begriffe sind. Vielmehr stellt die Treuepflicht und also auch die Fürsorgepflicht des ArbG nur die Konkretisierung des Grundsatzes von Treu und Glauben unter den besonderen Verhältnissen des personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses, hier des ArbVerh dar. Es können deshalb auch keine Bedenken dagegen bestehen, die Rechtsgrundlage der Fürsorgepflicht ebenfalls in § 242 BGB zu sehen.

5.) Was an dieser Stelle aber besonders interessiert, das sind die Funktionen, die dieser Fürsorgepflicht zukommen können. Hierzu besteht zunächst Einigkeit darüber, daß die Fürsorgepflicht ebenso wie der Grundsatz von Treu und Glauben alle anderen Pflichten des ArbG aus dem ArbVerh modifiziert.¹³⁾ Daneben haben eine Reihe von Einzelpflichten, die ihrer Art nach der Fürsorgepflicht entspringen, gesetz-

13) Vgl. dazu Nikisch, Lehrb. , S. 406 (I 1).

lichen Niederschlag gefunden.¹⁴⁾

Im Vordergrund aber steht die Fürsorgepflicht in ihrer Eigenschaft als Grund- und Hauptpflicht des ArbVerh, in der sie heute anerkannt ist.¹⁵⁾ Von dieser oben näher beschriebenen Auffassung aus hat die Rechtsprechung eine Reihe bedeutsamer Folgerungen aus der Fürsorgepflicht gezogen. Als Beispiele seien erwähnt: die Pflicht zur Fürsorge für das eingebrachte Eigentum des ArbN, die Pflicht zur Erfüllung öffentlich- rechtlicher Arbeitsschutzbestimmungen, die Pflichten hinsichtlich der sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften, der Lohnzahlung, der Begründung des ArbVerh, der Beschäftigung und der Beendigung des ArbVerh. Die zu den aufgezählten Punkten aus der Fürsorgepflicht hergeleiteten Grundsätze mögen oder besser müssen dazu dienen, den Bereich der möglichen Funktionen der Fürsorgepflicht zu erkennen. Denn die einzelnen Pflichten, die sich im konkreten Fall aus der Fürsorgepflicht ergeben, lassen sich nicht erschöpfend aufzählen. Ihr Umfang läßt sich nicht exakt bestimmen; denn er ist keine feste Größe, sondern wird durch die Besonderheiten jedes einzelnen ArbVerh festgelegt¹⁶⁾, wobei, wie besonders Maus aufzeigt¹⁷⁾, der Umfang umso größer wird, je größer die Abhängigkeit des einzelnen ArbN in wirtschaftlicher und sozialer Hinsicht ist.

Als Ergebnis mag dies freilich wenig befriedigend erscheinen. Doch liegt es im Wesen der Generalklauseln, daß ihre Auswirkungen nicht erschöpfend dargestellt werden können.

§ 10 Das Sozialstaatsprinzip

1.) Das Sozialstaatsprinzip ist im GG ausdrücklich anerkannt. Nach Art 20 Abs 1 GG ist die Bundesrepublik Deutschland ein "demokratischer und sozialer Bundesstaat". Gemäß Art 28 Abs 1 S. 1 GG muß die ver-

14) Vgl. §§ 617, 618 BGB, 62 HGB.

15) Vgl. Kaskel-Dersch, S. 188 (§ 30I 2); Maus, das ArbVerh, S. 192 (§ 16 I 1) und Nikisch, Lehrb. S. 406 (I 1).

16) So auch Kaskel-Dersch, S. 189/ 190; Maus, d. ArbVerh S. 192; Nikisch, Lehrb. S. 406.

17) Das ArbVerh, S. 192.

fassungsmäßige Ordnung in den Ländern u. a. dem "sozialen Rechtsstaat" im Sinne des Grundgesetzes entsprechen. In Art 79 Abs 3 GG schließlich hat man alle in Art 20 GG niedergelegten Grundsätze, also auch das Bekenntnis zum Sozialstaat für verfassungsfest erklärt.

Die rechtliche Bedeutung dieses Prinzips, vor allem aber seine Bedeutung als arbeitsrechtlicher Grundsatz ist indes äußerst umstritten. Eine Ursache dafür besteht zunächst in der Schwierigkeit einer klaren Darstellung der Eigenschaften und Voraussetzungen des sozialen Staates. Der Hauptgrund aber ist wohl darin zu suchen, daß die Verankerung des Sozialstaatsbegriffes im GG, besonders aber die dabei erfolgte Verknüpfung mit dem Rechtsstaatsprinzip, zu einer Reihe von Zweifeln Anlaß gibt.

2.) Die Frage, was man sich unter einem sozialen Staat überhaupt vorzustellen hat, wird in der umfangreichen Literatur über die Probleme des sozialen Staates nur selten erörtert. Forsthoff geht in seiner Untersuchung über "Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates"¹⁾ davon aus, daß über die Bedeutung des Adjektivs "sozial" nur einige sehr allgemeine Feststellungen möglich sind. "Sozial" verweise auf einen Vorgang des Teilens, Verteilens und Zuteilens. In seinem unpolemischen, auf Bestehendes bezogenen Sinn meine es die Institute, Begriffe und Rechtssätze, die zu einer besseren Güterverteilung von der sozialen Entwicklung hervorgebracht worden sind. Auch Potthoff²⁾ stellt die Frage: was heißt "sozial"? Seiner Ansicht nach ist der Begriff des Sozialen das Vorrecht des lebenden Menschen vor allen Gütern und Einrichtungen der Erde. Potthoff meint aber dazu selbst, daß diese Begriffsbestimmung nur praktisch anerkannt sei, d. h., daß diese Aufgabe der Hauptzweck aller sozialen Einrichtungen sei. Theoretisch werde dagegen unter dem Sozialen allgemein der Schutz des wirtschaftlich Schwachen verstanden.

Am eindeutigsten legt sich Maunz³⁾ fest. Seiner Meinung nach zeichnet

1) Veröff. d. V. dt. StL. Heft 12, S. 12 ff; hier S. 25.

2) Probleme des ArbR, S. 60 ff.

3) Deutsches Staatsrecht, S. 59.

sich der soziale Staat dadurch aus, daß er nach den Grundsätzen der sozialen Gerechtigkeit aufgebaut ist. Dabei versteht er unter sozialer Gerechtigkeit jenes Verteilungsprinzip, das jeder Schicht oder Gruppe der Bevölkerung die ihr zukommenden Rechte einräumt, insbesondere die wirtschaftliche und kulturelle Lebensfähigkeit auf einem angemessenen Niveau hält. Ein sozialer Staat ist also nach Maunz ein Staat, der die wirtschaftliche und kulturelle Unterdrückung oder schwere Benachteiligung einer Schicht oder Gruppe ablehnt und zu beheben versucht.

Diese Umschreibung kann als die herkömmliche und übliche bezeichnet werden⁴⁾. Im Prinzip entsprechen ihr auch die Definitionen von Wernicke⁵⁾ und Mangold⁶⁾. Auch das BAG versteht den Ausdruck "sozial" im Einklang mit dieser Ansicht im Sinne eines Schutzbegriffes des wirtschaftlich Schwachen gegenüber der tatsächlichen gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Machtposition eines Stärkeren.⁷⁾

Unterstellt man nun einmal, daß der Sozialstaatsklausel des GG aktuelle rechtliche Bedeutung zukommt, so muß man jedenfalls schon angesichts dieser praktischen Unmöglichkeit, den sozialen Staat näher zu umschreiben, zugeben, daß die tatsächliche Verwertbarkeit dieses Prinzips zur Lösung konkreter Fragen nicht allzu groß sein kann. Es kann, wie Maunz es ausdrückt⁸⁾, nur eine Richtlinie beinhalten, die zur Aufdeckung einer Gesamtlage eines konkreten Tatbestandes in eine bestimmte Richtung drängt.

3.) Eine andere Frage ist jedoch, ob der Sozialstaatsklausel des GG angesichts dieser weitgehenden Unbestimmbarkeit des Begriffes des Sozialen überhaupt rechtliche Bedeutung zukommen kann. Daß diese Frage nicht unberechtigt ist, erweist sich darin, daß eine Reihe namhafter Staatsrechtler dies verneinen. So bezeichnet Wernicke⁹⁾ das Sozialstaatsprinzip als eine "programmatische Forderung, deren

4) Vergl. Fechner, RdA 1955, S. 163 (II Anm. 2).

5) Bonner Kommentar, Art. 20 GG, Erl. II 1 d.

6) Kommentar zum BGG, Band 1, IV 3.

7) Vgl. dazu auch Gerh. Müller, Betr. 1956, S. 524 ff (Ziff. 4).

8) a. a. O., S. 60.

9) a. a. O., Art. 20, GG, Erl. II 1 d.

Realisierung der künftigen Gesetzgebung überantwortet wird". Grewe¹⁰⁾ nennt es einen "substanzlosen Blankettbegriff". Herfahrdt¹¹⁾ führt aus, daß das Bekenntnis des GG einer juristischen Auslegung "kaum zugänglich" sei und Forsthoff¹²⁾ kommt in einem noch zu erörternden Zusammenhang zu dem Ergebnis, daß der Sozialstaat überhaupt kein Rechtsbegriff sei.

Gegen die Auffassung, daß dem Sozialstaatsbekenntnis auf Grund seiner geringen inhaltlichen Konkretisierbarkeit jede rechtliche Bedeutung abzuspreehen sei, wendet sich dagegen Fechner¹³⁾. Er versucht dabei induktiv aus konkreten Rechtsfragen und einzelnen Rechtsgebieten Folgerungen für den Begriff des sozialen Staates zu ziehen und kommt zu dem Ergebnis, daß die Sozialstaatsnorm durch die soziale Wirklichkeit geprägt und bestimmt werde. Sozialstaatlichkeit sei danach eher eine Wirklichkeit, die die Norm konkretisiert als umgekehrt eine Norm, die die Wirklichkeit gestaltet. Diese These erscheint indes bedenklich; denn die konsequente Weiterentwicklung dieses Gedankens würde zu dem Ergebnis führen, daß auch alles, was an sozialen Einrichtungen geschaffen ist oder wird, ein verfassungsmäßiges Erfordernis darstellt. Fraglich erscheint auch, ob sich auf diese Weise die Bedeutung des Sozialstaatsprinzips heben läßt. Denn, da sich nach dieser Auffassung der Inhalt dieses Prinzips nach dem gegenwärtigen sozialen Bestand bestimmen soll, kann sie wohl nur wenig über die noch unerfüllten sozialen Erfordernisse aussagen.

4.) Die wohl größte Schwierigkeit in diesem Zusammenhang aber macht der Begriff des "sozialen Rechtsstaates" oder anders ausgedrückt, die Frage, welche Bedeutung der Sozialstaatsklausel als Verfassungsprinzip neben dem Rechtsstaatsprinzip zukommen kann. In dieser Kernfrage gehen die Auffassungen heute am weitesten auseinander. Der Anstoß zu dieser Streitfrage ging von H. P. Ipsen aus, der 1949 in seiner Rede "Über das

10) DRZ 1949, S. 351 ff und 392 ff.

11) Bonner Kommentar, Art 79 GG, Anm II 3.

12) a. a. O., S. 36, Leitsatz XV.

13) a. a. O., S. 162 ff.

Grundgesetz" ¹⁴⁾ zum ersten Male von der "sozialen, nicht mehr nur liberalen Funktion der Grundrechte "sprach. Ipsen schenkte damit der Sozialstaatsklausel des GG erstmals besondere Beachtung. Gleichzeitig aber warfer damit die Frage auf, ob das GG mit dieser Klausel nur auf zeitbedingte Notwendigkeiten der Ausgestaltung des Staatslebens habe hinweisen wollen oder, ob damit eine grundsätzliche Umdeutung des GG, insbesondere eine Einschränkung des Bekenntnisses zum Rechtsstaat beabsichtigt war. Der Gegensatz dieser Ansichten ist dann besonders deutlich auf der Tagung der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer im Jahre 1953 hervorgetreten. Eine Darstellung all der zu diesen Fragen vertretenen Auffassungen würde jedoch weit über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen. Es muß daher genügen, hier lediglich die Spannweite dieser verschiedenen Ansichten aufzuzeigen. Die Scala reicht von der Auffassung, die infolge der Verbindung des Begriffes Rechtsstaat mit dem Adjektiv "sozial" in dem Rechtsstaat des GG nicht mehr den bürgerlichen Rechtsstaat sieht, sondern einen auf die Verwirklichung und Sicherung der sozialen Gerechtigkeit zielenden Staat, dessen formale, rechtsstaatliche Elemente nur mehr der Gewährleistung dieses Gehalts dienen ¹⁵⁾, bis zu der Ansicht Forsthoffs, der in dem Rechtsstaat den primären, mit allen Rechtsgarantien ausgestatten Wert sieht und deshalb eine Verschmelzung von Sozialstaat und Rechtsstaat auf verfassungsmäßiger Ebene überhaupt nicht für möglich hält. ^{16) 17)}

14) Hamburg 1950, Selbstverlag der Universität; hier insbesondere S. 19.

15) So insbesondere Bachof, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, Veröff. d. V. dt. StL., Heft 12, S. 37 ff. (insbes. Leitsatz I). In Richtung dieser Deutung liegen ferner die Ansichten von Ipsen, a. a. O., S. 1 ff; Gerber, AöR Bd. 81, S. 1 ff; Scheuner, Veröff. d. V. dt. StL., Heft 11, S. 7 ff; Dürig, JZ 1953, S. 193 ff (insbes. 196/97) und Peters, Karl Arnold-Festschrift, S. 117 ff (insbes. S. 123).

16) a. a. O., S. 8 ff (insbes. S. 39); ähnlich Grewe, a. a. O., S. 351 u. 392 ff.

17) Vgl. dazu auch die ausführliche Zusammenstellung in dem Gutachten von Gerber, a. a. O., S. 1 ff.

Fest steht jedenfalls in diesem Zusammenhang, daß das Programm des sozialen Staates im GG selbst nur unvollkommen durchgeführt ist.¹⁸⁾

5.) Erstaunlich ist, daß angesichts dieser so weitgehenden Uneinigkeit über den Begriff des Sozialen und die rechtliche, insbesondere verfassungsrechtliche Bedeutung des Sozialstaatsbekenntnisses im GG über den formalen Bereich der Sozialstaatsklausel, d. h. über die ihr zukommenden Funktionen größtenteils Übereinstimmung herrscht.

Allgemein wird zunächst vorausgeschickt, daß das Wesentliche zur Verwirklichung des Sozialstaates nur der Gesetzgeber tun kann.¹⁹⁾ Das Bekenntnis des GG verpflichtet aber nicht nur den Gesetzgeber, sondern auch die Verwaltung und insbesondere die Rechtsprechung, soweit sie zur Fortbildung des Rechts zuständig sei.²⁰⁾ Für die Verwaltung bedeute die Sozialstaatsklausel eine Ermessensrichtlinie; für die Rechtsprechung sei sie von Bedeutung für die Auslegung von Rechtsvorschriften, d. h. der Gesetze, aber auch des GG selbst und insbesondere der darin enthaltenen Grundrechte.²¹⁾ Einschränkung wird jedoch geltend gemacht, daß das Sozialstaatsprinzip nie unmittelbare und selbständige Anspruchsgrundlage sein könne.²²⁾

Nach dieser kurzen Zusammenstellung der größtenteils von Staatsrechtslehrern aufgestellten Grundsätze über die möglichen Funktionen der Sozialstaatsklausel ist es nun von Interesse zu sehen, welche praktische Bedeutung sie bereits gewonnen hat. Im Vordergrund steht dabei, wegen des besonderen sozialen Charakters des AR die Rechtsprechung des BAG. Ähnlich wie in der bereits oben dargestellten Entscheidung zu den K hat das BAG in einer Reihe weiterer Entscheidungen die Art 20 und 28 GG unmittelbar zur Lösung der verschiedenartigsten Probleme herangezogen. Mit dieser Rechtsprechung haben sich insbesondere Hueck und Gerh. Müller auseinandergesetzt und an

18) Vgl. Maunz, a. a. O., S. 59.

19) So wörtl. in BVerfG v. 19. 12. 51; E. 1, 97 ff (105); ebenso Bachof, a. a. O., S. 37 ff (S. 44/46 Leitsatz 4).

20) So insbes. Wernicke, a. a. O., Art 20 GG, Erl. II 1 d und Hueck, Festschrift für Apelt, S. 57 ff (hier S. 71 III 2).

21) Vergl. dazu Forsthoff, a. a. O., S. 8 ff (S. 36 Leitsatz 14);

Mangold-Klein, a. a. O., VII 2 bc u. Gerhard Müller, Betr. 1956, S. 524 ff.

22) Vgl. Forsthoff, a. a. O., S. 27 u. Bachof, a. a. O., S. 43.

Hand der einzelnen Entscheidungen allgemeine Grundsätze über die Frage, wie das BAG die Sozialstaatsklausel heranzieht, abgeleitet.²³⁾ Dabei hat sich gezeigt, daß sich das BAG im wesentlichen in den oben abgesteckten Grenzen gehalten hat. Es hat außerdem in der Regel das Sozialstaatsprinzip nicht allein zur Entscheidung herangezogen und ist bisher davor zurückgeschreckt, aus der Nichtbeachtung dieses Prinzips die Verfassungswidrigkeit positiver Gesetzesvorschriften herzuleiten.²⁴⁾

§ 11 Das Ergebnis der Gegenüberstellung beider Generalklauseln und die rechtliche Bedeutung der mit ihrer Hilfe im Falle der K gefundenen Ergebnisse.

I. Das Ergebnis der Gegenüberstellung.

Die vorausgehenden Erörterungen zur Fürsorgepflicht und zum Sozialstaatsprinzip sollten einen, wenn auch nur sehr allgemeinen Eindruck von dem Inhalt und der Bedeutung beider Generalklauseln vermitteln. Es konnte nicht erwartet werden, daß sich daraus bereits wesentliche Folgerungen für ihre Brauchbarkeit zur Lösung des Problems der K ergeben. Zwei beachtliche Feststellungen lassen sich aber bereits jetzt treffen:

1.) Zwischen der Fürsorgepflicht des ArbG und dem Grundsatz vom sozialen Staat besteht kein innerer Gegensatz. Die Fürsorgepflicht macht es als Grundpflicht des ArbVerh dem ArbG zur Aufgabe, sich im vollen Umfange für die Belange des ArbN einzusetzen und jede Schädigung zu unterlassen. Das Sozialstaatsprinzip zielt inhaltlich auf die Verwirklichung der sozialen Gerechtigkeit, wirkt sich also im konkreten Anwendungsfall als Schutzprinzip zu Gunsten des wirtschaftlich Schwächeren aus. Beide Grundsätze stimmen also letztlich in der Schutzfunktion überein.

23) Hueck, Festschrift für Apelt, S. 67 ff; derselbe BVerwBl 1959, S. 172 ff; Müller, Betr. 1956, S. 524 ff und S. 549 ff; vgl. dazu auch Werner, AöR Bd. 81, S. 84 ff, der jedoch mehr allgemeinere Fragen behandelt.

24) Vgl. bei Hueck, Festschrift für Apelt, S. 73 Ziff. 3 u. 5.

2.) Zur Lösung arbeitsrechtlicher Probleme und insbesondere zur Begründung arbeitsvertraglicher Pflichten stellt jedoch die Fürsorgepflicht das wesentlich konkretere Prinzip dar. Denn sie ist zunächst ein rein arbeitsrechtlicher Grundsatz, eine Grundpflicht des ArbVerh, deren rechtliche Bedeutung kaum in Frage gestellt wird. Der Grundsatz vom sozialen Staat dagegen ist ein verfassungsrechtliches Prinzip, dessen Verwirklichung in erster Linie dem Gesetzgeber obliegt und dessen rechtliche Bedeutung überdies äußerst umstritten ist.

Der wesentliche Unterschied aber liegt in der inhaltlichen Erfassbarkeit. Mag sich auch, was die Fürsorgepflicht betrifft, ergeben haben, daß der Umfang der aus ihr entspringenden Einzelpflichten nicht abstrakt bestimmbar ist, so ließ sich doch ihr genereller Inhalt dahin bestimmen, daß sie es dem ArbG zur Aufgabe macht, im Rahmen des ArbVerh sich mit allen Kräften für den ArbN einzusetzen und alles zu unterlassen, was dessen Interessen zu schädigen geeignet ist. Die Sozialstaatsklausel des GG besagt dagegen zunächst nur, daß die Bundesrepublik Deutschland ein sozialer Staat sein soll. Von dieser Forderung aus führt aber noch ein weiter Weg bis zu den Fragen der Beendigung des ArbVerh. Dazu kommt, daß der Begriff des Sozialen zu vielseitig ist, um sich auch nur einigermaßen konkretisieren zu lassen.¹⁾

II. Die rechtliche Bedeutung der mit Hilfe beider Generalklauseln gefundenen Lösungen des Problems der K.

Eine endgültige Entscheidung zwischen beiden Generalklauseln bzw. zwischen den darauf gestützten Lösungen ist indes bei einer rein abstrakten Gegenüberstellung nicht möglich. Es soll daher in den folgenden Abschnitten die Verwertbarkeit beider Grundsätze an Hand der Anforderungen geprüft werden, die das Problem der K an sie stellt. Es erscheint daher zunächst notwendig, sich die rechtliche Bedeutung des Ergebnisses beider Lösungen klar zu machen.

1.) Beide Ansichten unterscheiden sich, wie oben dargestellt, sehr wesentlich im Lösungsweg. Trotzdem aber kommen sie im Prinzip zum

1) So auch Hueck, Lehrb., S. 359 Anm.6.

gleichen Ergebnis, nämlich daß K dann unzulässig sind, wenn keine wirtschaftlichen oder sozialen Gründe zu einer solchen Vertragsgestaltung Anlaß geben.

Beide Lösungen modifizieren also die kraft Gesetzes bestehende Rechtslage zunächst dahin, daß sie einer von den Parteien des ArbVerh getroffenen Vereinbarungen, nämlich der Befristung, den Erfolg versagen. Dabei soll "Erfolg" hier nicht im Sinne von Rechtswirksamkeit verstanden werden; denn für nichtig erklärt wird die Befristung ja nur im Rahmen der vom BAG entwickelten Rechtsprechung. Bei der mit Hilfe der Fürsorgepflicht gefundenen Lösung wird dagegen die Befristung als solche nicht angetastet; die Vereinbarung der Befristung begründet hier vielmehr nur eine Schadensersatzpflicht, die es dem ArbG zur Aufgabe macht, den ArbN wie bei einem unbefristeten Vertrag zu behandeln. Man muß sich aber dabei im klaren sein, daß dies vom Standpunkt des ArbG aus das gleiche bedeutet. Er muß in jedem Fall trotz der Vereinbarung der Befristung dem ArbN kündigen, also genau das tun, was ihm die Befristung ersparen sollte.

2.) Diese Feststellung wird bedeutsam, wenn man die Frage stellt, in wie weit beide Lösungen den in § 305 BGB niedergelegten Grundsatz der Vertragsfreiheit einschränken. Denn es erhellt daraus, daß auch diese Frage für beide Lösungen nur einheitlich beantwortet werden kann. Es wäre ein Irrtum, wollte man annehmen, daß man diese mit der Vertragsfreiheit zusammenhängenden Fragen umgehen kann, wenn man, anstatt die Befristung für nichtig zu erklären, das erwünschte Ergebnis über einen Schadensersatzanspruch herleitet. Darauf weist besonders Molitor hin, der in diesem Zusammenhang ausführt: "Eine Korrektur des Parteiwillens geschieht aber, wenn es den Vertretern dieser Ansicht auch nicht zum Bewußtsein gekommen ist, auch dann, wenn man die Fürsorgepflicht dazu verwendet, ein durch Parteivereinbarung befristetes ArbVerh in ein auf unbestimmte Zeit laufendes umzudeuten".²⁾

Es ist daher für beide Lösungen zu prüfen, in wie weit sich diese Ein-

2) AR- Blattei, K, I. Allgem.; ähnlich derselbe a. a. O., Anm. zu 11 Abscheidung 1.

schränkung der Vertragsfreiheit aus der jeweils herangezogenen Generalklausel rechtfertigen läßt.

3.) Schließlich muß man sich noch darüber klar werden, wie sich das Ergebnis beider Ansichten zu der gesetzlichen Regelung des § 620 BGB verhält, d. h. ob dadurch diese Gesetzesbestimmung eingeschränkt wird.

Im § 620 BGB ist die Befristung des ArbVerh ausdrücklich für zulässig erklärt worden. Die Vorschrift konkretisiert also den Grundsatz der Vertragsfreiheit für die Beendigung des ArbVerh, indem darin die Kündigung nicht nur als dispositive Regelung ausgestaltet wird, sondern darüber hinaus noch die anderen denkbaren Möglichkeiten einer Beendigung des ArbVerh ausdrücklich zur Wahl gestellt werden.

Das gemeinsame Ergebnis beider Ansichten, nach dem K nur bei Vorliegen besonderer Gründe zulässig sind, scheint daher § 620 BGB ebenfalls einzuschränken. Dieses Bild ändert sich aber, wenn man als Vergleich dazu jene oben angeführte Entscheidung heranzieht, in der das BAG ausführt, daß eine Befristung des ArbVerh überhaupt nur noch aus besonderen Gründen zulässig sei.³⁾ Zwischen beiden Fällen besteht nämlich, was die Zulässigkeit des Zeitvertrages betrifft, ein wesentlicher Unterschied. Nach der zuletzt genannten Entscheidung darf der ArbG von der in § 620 BGB vorgesehenen Möglichkeit grundsätzlich nur mehr unter besonderen Voraussetzungen Gebrauch machen. § 620 BGB wird also generell mit einem im Gesetz zunächst nicht enthaltenen Vorbehalt versehen. Nach der hier vertretenen Ansicht dagegen, steht der Befristung des ArbVerh im allgemeinen nichts entgegen. Der ArbG darf diese Möglichkeit lediglich nicht mißbrauchen, indem er die Befristung mehrmals ohne sachlichen Grund wiederholt, um damit dem ArbN den Kündigungsschutz zu nehmen. Genau genommen handelt es sich also nur im ersten Fall um eine echte Einschränkung des Gesetzes. Denn nur hier wird § 620 BGB inhaltlich abgeändert. Im letzteren Fall dagegen wird der Inhalt dieser Vorschrift

3) BAG I, 136 ff = AP Nr. 1 zu § 620 BGB (befr. ArbVertr.).

nicht angetastet. Es wird lediglich dem ArbG im Einzelfall das Recht abgesprochen, sich auf diese gesetzliche Regelung zu berufen. Von einer Einschränkung des Gesetzes kann daher hier nicht die Rede sein.

Die nachfolgende Gegenüberstellung beider Lösungen kann sich daher auf die verbleibenden Punkte beschränken, nämlich auf die Nichtbeachtung der Befristungsabrede, d.h. die eigentliche Begründung des Ergebnisses, und auf die damit verbundene Einschränkung der Vertragsfreiheit, d.h. die Rechtfertigung des Ergebnisses gegenüber diesem Grundsatz.

II. ABSCHNITT

Die Nichtbeachtung der Befristungsabrede.

§ 12 Begründung mit Hilfe des Sozialstaatsprinzips.

I. Fortbestehen des ArbVerh bei Nichtigkeit der Befristung.

Das BAG ¹⁾ setzt sich über die von den Parteien des ArbVerh bei einem K vereinbarte Zeitbestimmung hinweg, indem es die Befristung als Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) für nichtig erklärt und das ArbVerh selbst als nunmehr unbefristetes behandelt.

Während aber das BAG die Frage, wie es zur Anwendung des § 134 BGB kommt, ziemlich ausführlich begründet, stellt es das Fortbestehen des ArbVerh mit wenigen Worten fest. Doch ist auch diese Folgerung durchaus nicht so selbstverständlich, wie es nach den Ausführungen des BAG erscheint. Denn nach § 139 BGB hat die Teilnichtigkeit eines Rechtsgeschäftes die Nichtigkeit des ganzen Rechtsgeschäftes zur Folge, wenn nicht anzunehmen ist, daß es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde. Diese Ausnahme trifft aber bei einem K häufig nicht zu; vielmehr muß oft gerade aus der mehrfachen Befristung geschlossen werden, daß zumindest der ArbG einen ArbVertr auf unbestimmte Zeit nicht wollte.

1) Im folgenden ist, soweit nichts anderes gesagt, das Urteil vom 21.10.54, 2 AZR 25/53 gemeint (= BAG 1,128).

Aus dem gleichen Grunde muß dann aber auch eine Umdeutung des nach § 139 BGB nichtigen ArbVertr scheitern, da § 140 BGB in gleicher Weise auf den mutmaßlichen Willen der Parteien abstellt.²⁾ Schließlich kann auch § 157 BGB hier nicht zur Begründung herangezogen werden³⁾; denn diese Vorschrift erlaubt eine Ergänzung oder Berichtigung des Parteiwillens nur da, wo der erklärte Parteiwille eine Lücke aufweist. § 157 BGB kann daher ebenfalls nicht zu einer Abänderung des erklärten Parteiwillens führen, und zwar auch dann nicht, wenn aus den Vertragsabreden eine Härte für eine Partei entsteht.⁴⁾

Das BAG muß sich daher bei seiner Lösung über § 139 BGB hinwegsetzen, ohne dafür eine eigentliche Begründung geben zu können. Es kann nur mit wenigen Worten feststellen, daß § 139 BGB keine Anwendung findet, weil sonst der erstrebte Schutz des ArbN in sein Gegenteil verkehrt werden würde. Das mag zwar im Ergebnis gerechtfertigt sein⁵⁾ und findet, wie das BAG in einer späteren Entscheidung ausführt⁶⁾, ein Gegenstück in der Rechtsprechung des RG zu Warenkauf -, Miet- und Pachtverträgen, die unter Überschreitung von Höchst- und Stopp-preisen geschlossen worden sind.⁷⁾ Es bleibt aber doch sehr bedenklich, wenn sich das BAG dabei allein unter Berufung auf die Unzulänglichkeit des sonst entstehenden Ergebnisses über ausdrückliche Vorschriften des geltenden Rechts hinwegsetzt.

II. Die Bedeutung des Sozialstaatsprinzips in der Lösung des BAG.

1.) Die Nichtigkeit der Befristung selbst begründet das BAG mit Hilfe des Sozialstaatsprinzips. Nach seiner Ansicht stellt die Befristung dann

2) Vgl. Molitor, BB 1954, S. 504 (Ziff. 5); derselbe, AR - Blätter, K, Entscheidung 1, Anm.

3) So das ArbGer München-Gladbach, SAE 1955, S. 11.

4) Vgl. Palandt, Anm. 2a zu § 157 BGB u. die dort zit. Entsch. RG 92, 421, BGH 9, 278 und RG JW 09, 169.

5) So sieht auch der Entwurf eines Allg. ArbVertr - Gesetzes von 1923 eine dem § 139 BGB gerade entgegengesetzte Vermutung vor; vgl. dazu Molitor-Hueck-Riezler, S. 87 u. 281.

6) Urteil v. 26.11.55, 2 AZR 516/54, AP Nr. 14 zu § 1 KSchG.

7) Vgl. RG 88, 250; 97, 82 und 98, 293.

einen Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot dar, wenn "die bei einer Aneinanderreihung von befristeten ArbVerh vorgesehene Fristbestimmung im gegebenen Fall mit dem im KSchG zum Ausdruck gebrachten Grundsatz des Bestandsschutzes nicht vereinbar ist". Betrachtet man diesen Teil der vom BAG gegebenen Begründung unter dem Gesichtspunkt, in welcher Weise das BAG bei seiner Lösung das Sozialstaatsprinzip heranzieht, so liegt die Annahme nahe, daß das BAG mit Hilfe dieses Grundsatzes den im KSchG niedergelegten Bestandsschutzgedanken ausdehnend auslegt. Eine derartige Auffassung von der Bedeutung der Sozialstaatsklausel in der Lösung des BAG liegt daher auch den meisten der dazu erfolgten Stellungnahmen zugrunde.⁸⁾

2.) Der oben zitierte Satz führt jedoch nicht zwingend zu dieser Folgerung. Es muß daraus nicht notwendig entnommen werden, daß das BAG als gesetzliches Verbot, an dem die Befristung scheitert, den Bestandsschutzgedanken versteht. Es fragt sich vielmehr, ob diese Begründung nicht auch so verstanden werden kann, daß das BAG das Sozialstaatsprinzip selbst als das gesetzliche Verbot ansieht, und den Bestandsschutzgedanken nur dazu benützt, um den Inhalt dieses Prinzips im vorliegenden Fall näher bestimmen zu können. Der Wortlaut der Grundsatzentscheidung des BAG würde einer derartigen Auffassung jedenfalls nicht entgegenstehen. Er spricht sogar an einigen Stellen sehr dafür. So führt das BAG u. a. aus: "Es ist kein innerer Grund dafür ersichtlich, daß der Verfassungsgrundsatz der Sozialstaatlichkeit, wie er im KSchG verwirklicht ist, an der dem-gegenüber zufälligen rechtlichen Gestaltung des ArbVerh scheitern soll", und an einer anderen Stelle heißt es: " Daß das KSchG den selteneren Fall der aneinandergereihten befristeten Verträge außer acht läßt, kann dem Verfassungsgrundsatz der Sozialstaatlichkeit in seiner durch das KSchG ausgeprägten Gestalt der Bestands-sicherung des Arbeitsplatzes nicht seinen Inhalt und seine Wirkung bei diesem Tatbestand nehmen."

8) Besonders deutlich bei Gerh. Müller, Betr 1956, S. 524 u. BB 1955, S. 579; vergl. daneben insb. Hueck, Festschrift für Apelt, S. 67 ff (II 6); Siebert, RdA 1958, S. 369; Nikisch, BB 1955, S. 197 ff.

3.) Es ist beachtlich, daß eine derartige Betrachtungsweise auch im Schrifttum schon vertreten oder doch zumindest in Erwägung gezogen wurde. So meint Hueck zu dem gleichzeitig ergangenen Urteil BAG 2 AZR 40/53, das ja inhaltlich nur eine Ausdehnung der Grundsatzentscheidung auf den einfachen Zeitvertrag darstellt, es wäre bedenklich, wenn das BAG in dieser Entscheidung die dabei erforderliche Einschränkung des § 620 BGB unmittelbar aus dem Sozialstaatsprinzip herleiten wollte. Er kommt aber dann zu dem Ergebnis, daß es nicht dieser Grundsatz als solcher sei, sondern das ihn realisierende Bestandsschutzprinzip des KSchG, an dem die Gültigkeit des § 620 BGB gemessen werde.⁹⁾ Molitor dagegen geht offenbar hinsichtlich der gleichen Entscheidung davon aus, daß das BAG darin unmittelbar aus der Sozialstaatsklausel die Verfassungswidrigkeit des § 620 BGB in seiner heutigen Form herleiten wollte.¹⁰⁾ Oswald vertritt schließlich ganz eindeutig die Ansicht, daß nach der Rechtsprechung des BAG zu den K der Verfassungsgrundsatz des sozialen Staates unmittelbar rechtsgestaltend auf das Einzelarbeitsverhältnis einwirken soll.¹¹⁾

Es ist zuzugeben, daß diese Auffassung nicht die naheliegendste ist. Sie ist aber immerhin eine denkbare Deutung der Lösung des BAG und soll daher in diesem Zusammenhang auf ihre Haltbarkeit hin untersucht werden.

III. Das Sozialstaatsprinzip als Auslegungsmaxime.

1.) Geht man zunächst von der überwiegenden Auffassung aus, daß es das Bestandsschutzprinzip ist, welches über § 134 BGB zur Nichtigkeit der Befristung führt, so hat das Sozialstaatsprinzip hier nur die Bedeutung einer Auslegungsmaxime. Die Lösung des BAG ist also bei einer solchen Betrachtungsweise im Prinzip dem oben dargestellten Lösungsvorschlag von Bötticher ähnlich. Auch das BAG kommt hier zu einer Art Verbot des Bestandsschutzverzichtes. Jedoch wird dieses hier nicht aus dem Prinzip der Unverzichtbarkeit, bzw. aus dem Sinn

9) Festschrift für Apelt, S. 69/70 u. 72, Anm 52.

10) AR-Blatttel, Mutterschutz, Entsch. 4.

11) Betr. 1956, S. 941 ff.

und Zweck des KSchG, sondern aus der Sozialstaatsklausel hergeleitet, und führt nicht zur entsprechenden Anwendung des KSchG, sondern zur Nichtigkeit der Befristung. Wegen dieser Unterschiede treffen auch für das BAG die Bedenken nicht zu, die oben zu einer Ablehnung der von Bötticher entwickelten Lösung geführt haben.¹²⁾ Unbedenklich ist schließlich auch die Art, wie dabei das Sozialstaatsprinzip herangezogen wird. Denn es hat sich bereits bei der **allgemeinen** Besinnung auf die Bedeutung dieses Prinzips ergeben, daß es als Auslegungsmaxime für die Rechtsprechung grundsätzlich anzuerkennen ist.

2.) Diese Tatsache reicht aber allein keinesfalls aus, um deshalb schon die Rechtsprechung des BAG zu billigen. Es ist zwar richtig, daß es das BAG durch eine derartige Heranziehung der Sozialstaatsklausel vermeidet, aus dem allgemeinen Satz ohne weiteres positive Folgerungen zu ziehen.¹³⁾ Damit ist aber noch nicht geklärt, ob das Sozialstaatsprinzip in der Lage ist, die ihm in diesem konkreten Fall als Auslegungsmaxime zukommende Aufgabe zu erfüllen. Es erscheint im Gegenteil sogar sehr fraglich, ob das Sozialstaatsprinzip zu einer Abgrenzung des Bestandsschutzes geeignet ist, bzw. ob es diese Abgrenzung zur Aufgabe der Gerichte macht.

Richtig ist zwar, daß der im KSchG nach der überwiegenden Auffassung geschaffene Bestandschutz des ArbVerh dem Grundsatz des sozialen Staates entspricht. Es ist aber zweifelhaft, ob dieser Bestandschutz andererseits ein derart wesentliches Erfordernis des sozialen Staates ist, daß die Sozialstaatsklausel zu der vom BAG vorgenommenen Ausdehnung des Bestandsschutzes verpflichtet. Denn es würde sicher zu weit gehen, wollte man behaupten, daß alles, was, wenn es verwirklicht wird, als eine dem Sozialstaatsprinzip entsprechende Einrichtung erscheint, damit auch Gegenstand einer an den Gesetzgeber oder die Rechtsprechung gerichteten Verpflichtung ist.¹⁴⁾ So weist Hueck

12) Vgl. oben § 5.

13) So Gerh. Müller BB 1955, S. 579 ff.

14) Vgl. Hueck, Festschrift für Apelt, S. 67 ff (Nr. 4); bedenklich dagegen Fechner, RdA 1955, S. 162 ff, der den Inhalt der Sozialstaatsklausel aus der sozialen Wirklichkeit bestimmen will; vgl. oben § 10 Ziff. 3.

darauf hin, daß es eine Reihe von Staaten gibt, die zweifellos für sich in Anspruch nehmen können, soziale Staaten zu sein, die aber dennoch einen Kündigungsschutz im Sinne unseres KSchG nicht kennen, wie es z.B. für die Schweiz zutrifft.¹⁵⁾

Wollte man jedoch wirklich davon ausgehen, daß der verfassungsmäßige Grundsatz des Sozialstaates unbedingt den Bestandsschutz des ArbVerh erfordere, dann müßte man sich aber, da die Verfassung den Einzelgesetzen vorgeht, auch die Frage stellen, inwieweit die für die Beendigung des ArbVerh maßgeblichen Gesetze und gesetzlichen Vorschriften überhaupt verfassungsmäßig sind. Dies gilt vor allem für die Ausnahmen, die das KSchG insbesondere in den §§ 1 Abs. 1 und 20 selbst macht, und bei denen es doch sehr zweifelhaft ist, ob sie vom sozialen Standpunkt aus berechtigt sind.¹⁶⁾ Nikisch führt dazu mit Recht aus, daß es ebenso wenig angehe, unter Berufung auf den Grundsatz des sozialen Staates den Bestandsschutz des KSchG auf befristete Verträge oder K auszudehnen, als diese im KSchG selbst gezogenen Grenzen unbeachtet zu lassen.¹⁷⁾ Dagegen kann man zwar einwenden, daß man sich bei letzterem Versuch über den ausdrücklichen Wortlaut des Gesetzes hinwegsetzen würde, während in Bezug auf die befristeten Verträge das KSchG sich zumindest nicht gegenteilig äußere. Diese Ansicht würde jedoch verkennen, daß dieser Unterschied nur ein äußerlicher, formeller ist. Inhaltlich dagegen, d.h. vom Standpunkt des sozialen Staates aus gesehen, ist das eine und das andere gleichermaßen entweder erforderlich und dann zulässig oder nicht notwendig und daher unzulässig. Das zeigt aber, daß die vom BAG vorgenommene Abgrenzung des Bestandsschutzes nicht allein aus dem Grundsatz des sozialen Staates hergeleitet werden kann.

Dazu kommt das weitere Bedenken, ob in einem demokratischen Staat die Entscheidung darüber, in welchem Umfang der Grundsatz des sozialen Staates in einem Bestandsschutz des ArbVerh zum Ausdruck kommen soll,

15) a. a. O., S. 68 (Nr. 2) u. Anm zu AP Nr. 7 zu § 1 KSchG.

16) Vgl. Hueck Anm. zu AP Nr. 7 zu § 1 KSchG.

17) BB 1955, S. 198 (Ziff 4); Auch das BAG beachtet stets die Ausnahmen des KSchG, vgl. Urteil v. 20. 9. 57, 1 AZR 136/57, AP Nr. 34 zu § 1 KSchG.

den Gerichten zukommen kann. Richtiger dürfte es wohl sein, diese Entscheidung grundsätzlich dem Gesetzgeber zu überlassen, wie auch das BVerfG in der bereits zitierten Entscheidung¹⁸⁾ feststellte, daß das Wesentliche zur Verwirklichung des Sozialstaates nur der Gesetzgeber tun kann. Dann aber sind für die Abgrenzung des Bestandsschutzes in erster Linie die konkreten Einzelgesetze maßgeblich und die vom BAG in Anspruch genommene Verpflichtung zur Fortbildung des Rechts beschränkt sich darauf, die bestehenden Lücken lediglich durch Auslegung oder analoge Anwendung ihrer Einzelbestimmungen auszufüllen. Keinesfalls aber erscheint es zulässig, wenn das BAG das Sozialstaatsprinzip zu einer Ergänzung des KSchG heranzieht. Denn dieses Gesetz wurde bereits nach Erlass des GG, also in Kenntnis der Sozialstaatsklausel geschaffen. Dem Gesetzgeber war dabei auch, worauf Nikisch hinweist²⁰⁾, die bereits oben aufgezeigte Ausgestaltung des Mieterschutzes in § 1 Abs 2 MSchG bekannt. Trotzdem aber hat der Gesetzgeber für das ArbVerh von einer entsprechenden Regelung abgesehen. Zieht man daher den Grundsatz des sozialen Staates zur Ergänzung des KSchG heran, so würde man dabei, wie sich Molitor ausdrückt²¹⁾, dem Gesetzgeber zum Vorwurf machen, daß er selbst durch mangelhafte Fassung seiner Gesetze gegen diesen Verfassungssatz verstoßen habe.

3.) Dies zeigt nun am konkreten Beispiel, was oben bereits grundsätzlich gesagt wurde, nämlich daß das Sozialstaatsprinzip den Gerichten zur Entscheidung von Einzelfragen nur eine allgemeine Richtung aufzeigt oder, wie es Hueck auf das KSchG bezogen sagt²²⁾, daß dieser Grundsatz die Gerichte allenfalls dazu verpflichtet, in Zweifelsfällen eine den Bestandsschutz betonende Auslegung des KSchG vorzuziehen. Um einen solchen Zweifelsfall handelt es sich hier aber nicht; denn will man den Bestandsschutz auf K ausdehnen, so muß man sich dazu über die eindeutigen Grenzen des KSchG hinwegsetzen.

18) BVerfGE 1, 97 ff. (105).

19) Vgl. dazu Hueck, Anm zu AP Nr. 7 zu § 1 KschG

20) BB 1955, S. 198 (Ziff 4).

21) Anm zu AP Nr. 3 zu § 620 BGB (betr. ArbVertr.).

22) Festschrift für Appelt, S. 68 (II 6).

IV. Das Sozialstaatsprinzip als gesetzliches Verbot.

1.) Die eben geäußerten Bedenken werden jedoch auch dann nicht geringer, wenn man die Rechtsprechung des BAG zu denK so verstehen will, daß der Verfassungsgrundsatz des sozialen Staates unmittelbar selbst rechtsgestaltend auf das ArbVerh einwirken soll und über § 134 BGB zur Nichtigkeit der Befristung führt. Die Bedenken werden vielmehr noch vermehrt; denn in diesem Fall würde das BAG nicht den Bestandsschutz des KSchG mit Hilfe des Sozialstaatsgedankens abgrenzen, sondern gerade umgekehrt den Inhalt der Sozialstaatsforderung mit Hilfe des KSchG näher bestimmen. Dieses Unternehmen würde aber zunächst voraussetzen, daß man mit der sehr bedenklichen These von Fechner, daß der Inhalt der Sozialstaatsklausel durch die von gesetzlichen Einzelregelungen und sozialen Einrichtungen geschaffene Wirklichkeit bestimmt werde²³⁾, Ernst macht. Aber selbst dann ist es kaum erklärlich, wie man über den ausschließlich auf das unbefristete ArbVerh beschränkten Bestandsschutz des KSchG in die Sozialstaatsforderung ein Verbot des Inhalts hineininterpretieren könnte, daß auch die Fristbestimmung bei einem K, soweit sie nicht durch besondere Gründe sozial gerechtfertigt ist, unzulässig ist. In diesem Sinne ist offenbar auch der Hinweis bei Nikisch zu verstehen, daß sich gerade wegen dieser vom Gesetzgeber so eng gefaßten Regelung des KSchG das BAG für seine Entscheidung auch nicht auf den Verfassungsgrundsatz vom sozialen Rechtsstaat "in der durch das KSchG ausgeprägten Gestalt" berufen könne.²⁴⁾

2.) Das größte Bedenken gegen eine derartige Lösung des Problems liegt aber gerade in der Art, wie hier das Sozialstaatsprinzip zur Anwendung kommt. Indem man nämlich unmittelbar aus diesem Verfassungsatz die Nichtigkeit der Befristung herleitet, stößt man auf jene so sehr umstrittene Frage, in wieweit eine Verfassungsnorm unmittelbar auf den Privatrechtsverkehr einwirken kann.

23) a.a.O., S. 162 ff, vgl. oben § 10 Ziff. 3.

24) BB 1955, S. 198 (Ziff. 4).

Wenn überhaupt, so wird man diese Frage wohl zunächst nur dann bejahen, wenn man den in Art. 20 u. 28 GG niedergelegten Grundsatz des sozialen Staates als Grundrecht ansieht und von der absoluten Wirkung der Grundrechte ausgeht. Denn der Grundsatz des sozialen Staates wird hier ja herangezogen, um daraus Regeln für das Verhalten Dritter untereinander abzuleiten. Nun geht zwar das BAG in seinen Entscheidungen zu den K auf derartige Fragen nicht ein. Dies würde jedoch der Auffassung, daß nach diesen Entscheidungen das Sozialstaatsprinzip unmittelbar auf das ArbVerh einwirken soll, nicht notwendig widersprechen. Das BAG hat nämlich an anderer Stelle gezeigt, daß es den Grundsatz des sozialen Staates als ein Grundrecht ansieht. In einer Entscheidung des BAG vom 8.6.1955²⁵⁾, in der die Sozialstaatsklausel herangezogen wird, um die Geltung des § 9 MuSchG auf ArbN der Besatzungsmächte auszudehnen, heißt es: es könne nicht angenommen werden, daß das beklagte Land als Glied der sozialstaatlichen Bundesrepublik, welches überdies die im GG festgelegten Grundrechte zum Bestandteil seiner eigenen Verfassung gemacht habe, sich einer so allgemeinen Regelung, wie § 9 MuSchG entziehen dürfe oder wolle. Die Bemerkung, daß das beklagte Land die Grundrechte des GG zu seinen eigenen gemacht habe, kann sich dabei nur auf die Sozialstaatsklausel des GG beziehen; denn alle sonst in Frage kommenden Grundrechte der Landesverfassung und des GG werden anschließend ausdrücklich "außerdem" noch herangezogen.²⁶⁾

Das BAG hat schließlich an anderer Stelle auch zur Frage der absoluten Wirkung der Grundrechte Stellung genommen und sie im weitesten Umfang bejaht. So sagte es in einer Entscheidung vom 3.12.1954²⁷⁾ ausdrücklich, daß "eine Reihe bedeutsamer Grundrechte der Verfassung in einem aus dem jeweiligen Grundrecht näher zu bestimmenden Umfang unmittelbare Bedeutung für den Rechtsverkehr der Bürger untereinander haben."²⁸⁾

25) 2 AZR 14/54, BAG 2, 32 = AP Nr. 2 zu § 9 MuSchG.

26) Vgl. dazu auch Gerh. Müller, Betr. 1956, S. 524; vgl. auch Hueck, Lehrb. S. 359 Anm. 6.

27) 2 AZR 105/54, BAG 1, 185 = AP Nr. 2 zu § 13 KSchG.

28) Vgl. auch BAG v. 15.1.55, 1 AZR 305/54, BAG 1, 258 = AP Nr. 4 zu Art 3 GG.

3.) Eine solche unmittelbare Heranziehung des Sozialstaatsprinzips zur Lösung des Problems der K erscheint indes äußerst fragwürdig.

a) Was zunächst die Drittwirkung der Grundrechte betrifft, so zählt diese Frage wohl zu den aktuellsten, aber auch zu den umstrittensten des heutigen Verfassungsrechtes überhaupt. Es versteht sich daher von selbst, daß eine eingehende Untersuchung dazu weit über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen würde. Aus der Vielzahl der zu dieser Frage erfolgten Stellungnahmen ergibt sich jedenfalls eindeutig, daß die vom BAG geteilte Auffassung²⁹⁾ durchaus nicht der herrschenden Lehre entspricht.³⁰⁾ Diese versteht in Übereinstimmung mit der für die WV unbestrittenen Auffassung³¹⁾ die Grundrechte nach wie vor als Grenznormen zwischen der Staatsgewalt und den Bürgern, die nach ihrer ganzen Struktur die individuelle Freiheitssphäre im allgemeinen nur gegen Eingriffe der öffentlichen Gewalt schützen. Auf den privatrechtlichen, bzw. arbeitsrechtlichen Rechtsverkehr könne eine Grundrechtsnorm nur ausnahmsweise angewendet werden, wenn sie nach ihrem klaren Wortlaut auch die Rechtsverhältnisse zwischen den Bürgern erfassen will, wie das z.B. für Art 9 Abs 3 S.2 GG gilt. Gerade aus der Tatsache, daß auch das GG noch die Drittwirkung einzelner Grundrechte als Ausnahmefall ausdrücklich regelt, so wie aus dessen ganzen Aufbau und der Entstehungsgeschichte schließt die herrschende Lehre, daß auch das GG die Grundrechte wieder in ihrer herkömmlichen Bedeutung verwirklicht hat.

b) Noch bedenklicher ist aber die Frage, ob das Sozialstaatsprinzip, wie das BAG annimmt, tatsächlich ein Grundrecht darstellt. Denn darun-

29) Vgl. daneben Ennecc.-Nipp., Allg. Teil, § 15 II 3; Nipperdey, Gleicher Lohn der Frau bei gleicher Leistung, 1951; derselbe in RdA 1950, S. 121 ff und Neumann - Nipp. - Scheuner, Die Grundrechte, Bd. II S. 1 ff; ähnlich Darmstaeder, BB 1957, S. 4.

30) Vgl. dazu insbesondere die zur Frage der Lohngleichheit von Mann und Frau erstellten Gutachten des Bonner Instituts für Handel- und Wirtschaftsrecht, AöR Bd. 76, S. 165 ff, von Jellinek, BB 1950, S. 425 ff, Schätzel, RdA 1950 S. 248 ff und Hueck, die Bedeutung des Art. 3 GG für die Lohn- und Arbeitsbedingungen der Frau, 1951.

31) Vgl. für die WV die im angeführten Urteil (BAG 1, 185 ff) selbst zitierten Stimmen.

ter versteht man im allgemeinen eine Verfassungsnorm, die einem Rechtssubjekt, insbesondere einem Individuum eine Berechtigung gewährt und zuerkennt.³²⁾ In den Art 20 und 28 GG wird dagegen nur die Bundesrepublik und die verfassungsmäßige Ordnung ihrer Länder gekennzeichnet. So kommt auch Gerh. Müller³³⁾, der diese Frage eingehend erörtert, zu dem Ergebnis, daß die Sozialstaatsklausel kein Grundrecht in der üblichen Bedeutung dieses Wortes, sondern eine allgemeine Ordnungsvorschrift darstellt, der jedoch nach dem Willen des GG (Art 79 Abs. 3) "der gleiche Rang und die gleiche Weihe wie dem Zentralgrundrecht der Menschenwürde zukomme". In dem gleichen Sinne spricht E. R. Huber³⁴⁾ von einer "Grundnorm obersten Ranges" und Maunz³⁵⁾ von einer "Staatsfundamentalnorm".

4.) Wenn also die Sozialstaatsklausel kein Grundrecht, zumindest kein Grundrecht im klassischen Sinn darstellt, so erscheint die unmittelbare Einwirkung dieser Norm auf den Privatrechtsverkehr, hier also auf das ArbVerh, noch problematischer. Man ist zunächst versucht, mit Osswald³⁶⁾ zu argumentieren, daß, wenn es schon umstritten ist, ob die konkreten Grundrechte des GG auf die einzelnen ArbVerh einwirken, daß dann die allgemeinen Grundsätze unserer Verfassung, wie sie Art 20 und 28 GG darstellen, das ArbVerh sicher nicht rechtsgestaltend beeinflussen können. Diese Folgerung geht jedoch vielleicht zu weit. Denn überlegt man sich einmal, welche Bedeutung den klassischen Grundrechten zukommt, sobald man ihre absolute Wirkung anerkennt, so zeigt sich, daß auch sie dann, wie das BAG sagt,³⁷⁾ die Bedeutung von "Ordnungsgrundsätzen für das soziale Leben" erlangen. Wo aber liegt dann der Unterschied zur Sozialstaatsklausel? Doch wohl nur in der konkreteren Fassung ihres Inhalts. Der Rechtsnatur nach aber sind sie nicht nur gleich, sondern es kommt der Sozialstaatsklausel als verfassungsfester Norm sogar die größere Bedeutung zu. Es erscheint des-

32) Vgl. Maunz, Dt. Staatsrecht, S. 71; Mangoldt-Klein, die Grundrechte, Vorbem. A VI 2.

33) Betr 1956, S. 524.

34) Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, S. 36.

35) Deutsches Staatsrecht, S. 56.

36) Betr 1956, S. 941, ähnlich auch Hueck, Lehrb S. 359, Anm. 6.

37) BAG I, 193.

halb fraglich, ob man den Verfassungsnormen, die nach der heutigen Auffassung Grundrechte sind, eher unmittelbare Bedeutung für den privaten Rechtsverkehr zusprechen kann, als den Ordnungsgrundsätzen der Art 20 und 28 GG.

Folgt man aber dieser Ansicht, dann verliert die Frage, ob das Sozialstaatsprinzip ein Grundrecht darstellt und ob es als solches absolute Wirkung haben kann, hier ihren eigentlichen Sinn, und übrig bleibt die allgemeine Frage, auf welche Weise die Verfassungsnormen im Bereich des privaten Rechtsverkehrs wirksam werden sollen: unmittelbar von außen her oder mittelbar über das Privatrecht selbst, d. h. über dessen Generalklauseln. Diese Fragestellung ist aber hier nicht nur dann bedeutsam, wenn man davon ausgeht, daß das BAG unmittelbar aus dem Sozialstaatsprinzip die Nichtigkeit der Befristung herleitet, sondern auch dann, wenn man der üblichen Ansicht ist, daß dieses Prinzip dabei nur der Ausdehnung des Bestandsschutzprinzips dient. Denn es ist unter diesem Gesichtspunkt nur ein gradueller Unterschied, ob die Verfassungsnorm selbst das gesetzliche Verbot darstellt oder nur zur Ausdehnung eines solchen herangezogen wird; es wirkt in jedem Fall von außen her auf den Privatrechtsverkehr ein. Die jetzt angedeutete Fragestellung erweist sich somit als die eigentliche Kernfrage einer Entscheidung zwischen einer Lösung des Problems mit Hilfe des Sozialstaatsgedanken oder der Fürsorgepflicht. Denn auch im Rahmen dieses zweiten Lösungsweges gewinnt der Sozialstaatsgedanke an Bedeutung; hier jedoch in der aufgezeigten mittelbaren Weise über eine Konkretisierung der Fürsorgepflicht als Generalklausel des Privatrechts bzw. des Arbeitsrechts.

Die Beantwortung dieser Kernfrage ist im Schrifttum indes nicht anders als die der Drittwirkung der Grundrechte. Dies wird verständlich, wenn man bedenkt, daß es sich dabei nur um eine Verallgemeinerung jenes Problems handelt. Diese Verallgemeinerung ist aber insofern nicht ohne Wert, als sie noch deutlicher erkennen läßt, welche Tendenz dieser Heranziehung der Sozialstaatsklausel durch das BAG zugrunde liegt. So sind gerade in diesem Zusammenhang besonders warnende Worte ergangen, die alle einem Vordringen der Verfassungsnormen

in das Privatrecht über dessen wertausfüllungsfähige Generalklauseln das Wort reden, weil sie in der absoluten und unmittelbaren Herrschaft derartiger Verfassungsnormen im privatrechtlichen Vertragsrecht den ersten Schritt einer Entwicklung sehen, die das Privatrecht zu einem unmittelbaren Teil der öffentlichen Ordnung umgestalten und die Privatautonomie nicht nur inhaltlich begrenzen, sondern von ihrer Basis her gefährden würde.³⁸⁾

§ 13 Begründung mit Hilfe der Fürsorgepflicht.

I. Bedeutung und Folgen der Heranziehung der Fürsorgepflicht.

1.) Die Lösung des Problems der K mit Hilfe der Fürsorgepflicht nimmt der zwischen ArbG und ArbN vereinbarten Befristung ihre Wirkung, indem sie dem ArbN einen Schadensersatzanspruch zugesteht, der auf einer Verletzung der Fürsorgepflicht durch den ArbG beruht und dessen Verpflichtung beinhaltet, den ArbN so zu behandeln, wie wenn er unbefristet eingestellt wäre. Diese Verletzung der Fürsorgepflicht wird darin gesehen, daß der ArbG durch die Wahl des K dem ArbN den vom Gesetz für den Normalfall vorgesehenen Schutz durch das KSchG und die Kündigungsfristen nehme, den ArbN dadurch also ohne rechtfertigenden Grund einer Ungewissheit aussetze, wie sie unsere Rechtsordnung nicht für sozial wünschenswert halte.

Diese Ansicht geht also, wie schon angedeutet, u. a. ebenfalls von dem im KSchG zum Ausdruck gebrachten Bestandsschutzprinzip aus und wertet es als einen wesentlichen Teil unserer sozialen Rechtsordnung. Und wenn es dann heißt, daß es dieser sozialen Rechtsordnung nicht entspreche, wenn einem ArbN dieser Kündigungsschutz vorenthalten werde, so wird damit offenbar nichts anderes gesagt, als in der Entscheidung des BAG, nämlich daß dieser im KSchG ausgedrückte Gedanke ein allgemeiner Grundsatz unserer Rechtsordnung sei. Der Grundgedanke beider Lösungen ist also im Prinzip der gleiche. Zwar

38) Das gilt insbesondere für Dürig, Festschrift f. Nawiasky, S. 157 ff (hier S. 176) und Siebert, RdA 1958, S. 368 (II 2); ähnlich auch Gerh. Müller, Betr 1956, S. 556.

wird dieser Gedankengang hier nicht ebenso ausführlich wie in der Entscheidung des BAG dargelegt und insbesondere die Sozialstaatsklausel nicht ausdrücklich genannt. Einer ausdrücklichen Heranziehung dieser Verfassungsnorm würde aber auch hier nichts im Wege stehen.¹⁾

Der eigentliche Unterschied beider Lösungen beginnt erst dort, wo aus diesen Überlegungen die Folgerung gezogen wird. Anstatt aus ihnen mehr oder weniger unmittelbar Schlüsse für das Einzelarbeitsverhältnis zu ziehen, dienen sie hier dazu, den Inhalt der Fürsorgepflicht näher zu bestimmen, um dann aus diesem arbeitsrechtlichen Grundsatz heraus die eigentliche Lösung des Problems zu gewinnen. Dadurch werden die oben geäußerten Bedenken hier ausgeschaltet; ganz unbedenklich ist aber auch diese Lösung nicht.

2.) So glaubt Trieschmann²⁾, die Lösung des BAG der von Hueck entwickelten Ansicht u. a. deshalb vorziehen zu müssen, weil der über § 249 BGB führende Weg ein Verschulden voraussetze und dieses nicht in allen Fällen nachzuweisen sein werde. Auch Gerh. Müller³⁾ beanstandet, daß eine Lösung mit Hilfe der Fürsorgepflicht ein Verschulden voraussetze. Seine Bedenken sind jedoch mehr grundsätzlicher Art. Er meint, daß wegen dieser Voraussetzung die Tragweite des Bestandschutzgedankens nicht ebenso voll zur Geltung komme wie in der Lösung des BAG. Denn, wenn diese Institution tatsächlich einen allgemeinen Gedanken enthalte, so müsse er im Rechtsleben im gegebenen Fall auch stets zum Ausdruck kommen, ohne daß auf das Vorliegen subjektiver Elemente bei den beteiligten Parteien abgestellt werden könne. Müller ist auch der Meinung, daß, wenn das BAG in der Grundsatzentscheidung vom 21.10.1954 sage, es gehe nicht an, den in einem K stehenden ArbN nur bei einer Verletzung der Fürsorgepflicht Schutz zu gewähren, dies im Hinblick auf das Schulselement geschehe. Diese letztere Vermutung scheint berechtigt zu sein, denn das BAG wiederholt in einer späteren Entscheidung vom 12.5.1955 noch eindeutig, daß ein ausreichender

1) Hueck, Lehrb, S. 484 Anm. 37.

2) Betr 1955, S. 337.

3) DBetrV 1955, Heft 2, S. 4 ff (hier S. 6).

Schutz des ArbN nicht gewährt sei, wenn man die Vereinbarung eines Fristablaufs nur dann für unzulässig hält, wenn der ArbG die Absicht hatte, den Kündigungsschutz auszuschalten oder sonst gegen die Fürsorgepflicht verstieß.⁴⁾

Was den Inhalt dieser Bedenken betrifft, so scheint gerade die zuletzt genannte Kritik des BAG die eigentlichen Zusammenhänge zu erkennen. Denn es kommt für die Lösung mit Hilfe der Fürsorgepflicht keineswegs auf die Absicht des ArbG an, den Kündigungsschutz auszuschalten. Eine derartige Umgehungsabsicht war Voraussetzung für die Unzulässigkeit eines K nach der ständigen Rechtsprechung des BAG⁵⁾ und würde außerdem, wie Hueck überzeugend nachgewiesen hat⁶⁾, bei der Wahl der Form eines K stets vorliegen.

Die Verletzung der Fürsorgepflicht bedeutet dagegen nur den Umstand, daß der ArbG die Interessen des ArbN nicht genügend wahrnimmt. Nur in Bezug auf dieses Verhalten ist also auch ein Verschulden die Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch. Es mag daher vielleicht richtig sein, daß diese Verletzung der Fürsorgepflicht meist nicht auf Vorsatz beruht oder dieser doch zumindest nicht nachzuweisen ist. Ein fahrlässiges Verhalten wird aber wohl immer vorliegen. Denn eine Verletzung der Fürsorgepflicht soll ja hier nur dann vorliegen, wenn keine sachlichen Gründe für eine wiederholte Befristung bestanden. Das bedeutet aber inhaltlich nichts anderes, als die entsprechende Formel des BAG, nämlich daß ein K dann unzulässig ist, wenn ein vernünftiger ArbG, der die Interessen seiner ArbN und seines Unternehmens gleichermaßen berücksichtigt den betreffenden ArbN auf unbestimmte Zeit eingestellt hätte. Man kann daher wohl sagen, daß ein ArbG, der sich nicht nach diesem Grundsatz verhält, fahrlässig handelt, weil er die Sorgfalt eines verständigen ArbG außer acht läßt (§276 BGB).

Das zeigt also, daß das Verschulden bei einer Lösung mit Hilfe der Fürsorgepflicht kein Hindernis ist, um stets das gleiche Ergebnis

4) 2 AZR 23/54 = AP Nr. 2 zu § 620 BGB (betr. ArbVertr.).

5) Siehe oben § 2.

6) RdA 1953, S. 86.

zu erreichen wie das BAG. Aber auch der Einwand von Müller, daß, wenn überhaupt ein Verschulden erforderlich sei, die Tragweite des Bestandsschutzgedankens geschnälert werde, ist nicht unbedingt durchschlagend; denn das Verschulden ist zwar grundsätzlich ein subjektives Element; sofern es sich aber, wie hier in aller Regel, um Fahrlässigkeit handelt, geht das Privatrecht in § 276 BGB wiederum von einem objektiven Begriff aus.

II. Überspannung der Fürsorgepflicht ?

Die bisher dargestellten Kritiken an einer Lösung mit Hilfe der Fürsorgepflicht haben sich im wesentlichen gegen die mit diesem Lösungsweg verknüpften Folgen gewandt. Daneben aber wird gegen diese Ansicht geltend gemacht, daß die Fürsorgepflicht überhaupt zur Lösung des Problems der K ungeeignet sei oder anders ausgedrückt, daß bei der von Hueck entwickelten Lösung eine Überspannung der Fürsorgepflicht vorliege, die als "Nachwirkung ihrer Überbetonung im Anschluß an § 2 Abs 2 AOG" anzusehen sei.⁷⁾

1.) Diese Kritik ist jedoch sicher unberechtigt, wenn sie, wie offenbar bei Höfl, dahin zu verstehen sein soll, daß hier die Grenzen jener Anforderungen überschritten werden, die die Fürsorgepflicht an das Verhalten des ArbG gegenüber dem ArbN stellt.⁸⁾ Denn daß ein ArbG, der ohne besondere Gründe ein ArbVerh mehrfach befristet und damit dem ArbN den ihm im Regelfall zustehenden Kündigungsschutz nimmt, dabei gegen die ihm obliegende Fürsorgepflicht verstößt, ergibt sich überzeugend aus folgender Überlegung.

Im Gegensatz zu der bereits mehrfach zitierten Entscheidung des BAG über die Zulässigkeit von Zeitverträgen wird hier die Befristung des ArbVerh auch ohne besondere Gründe als zulässig angesehen. Beanstandet wird nur die wiederholte kurze Befristung und auch diese nur, wenn sie nicht aus besonderen wirtschaftlichen und sozialen Gründen ge-

7) So besonders deutlich Molitor, BB 1954, S. 504 (Ziff. 2) und Höfl, a. a. O., S. 46.

8) a. a. O., S. 46.

rechtfertigt erscheint. In diesem besonderen Fall nämlich wird der an sich zulässige Zeitvertrag lediglich zum Nutzen des ArbG und entgegen der ihm vom Gesetzgeber zugedachten Funktion an die Stelle des eigentlich hierfür vorgesehenen Vertrages auf unbestimmte Zeit gesetzt, d.h. er wird mißbraucht.⁹⁾ 10) Es ist also letzten Endes der Gedanke des Rechtsmißbrauches, bzw. das Verbot der unzulässigen Rechtsausübung, das hier Bedeutung gewinnt und unter dem die Befristung wie jedes andere Rechtsgeschäft auch steht.¹¹⁾ Wenn es aber zutrifft, daß ein ArbG, der sich bei einem mißbilligten K auf den Fristablauf als Endigungsgrund beruft, sich dabei einer unzulässigen Rechtsausübung schuldig macht, wie das im Schrifttum mehrfach zugegeben wird¹²⁾, so kann andererseits nicht geleugnet werden, daß der ArbG dadurch auch seine Fürsorgepflicht verletzt. Denn das Verbot der unzulässigen Rechtsausübung findet seine Grundlage heute in § 242 BGB.¹³⁾ Hier aber wird nun bedeutsam, was oben über das Wesen der Fürsorgepflicht, insbesondere aber über ihr Verhältnis zum Grundsatz von Treu und Glauben gesagt wurde, nämlich daß sie ihrerseits nur eine Konkretisierung dieser allgemeinen Vorschrift für die besonderen Verhältnisse des AR darstellt.¹⁴⁾ Es ist daher eigentlich schon falsch zu sagen, daß der ArbG, der die Form des Zeitvertrages mißbraucht, dabei auch seine Fürsorgepflicht verletzt; denn es handelt sich hier eben nicht um zwei verschiedene Erfolge, sondern um ein und denselben. Was dort mit den Begriffen des allgemeinen Privatrechts als Rechtsmißbrauch bezeichnet wird, der zur Folge hat, daß sich der ArbG nicht auf die daraus entstehende formale Rechtsposition berufen darf, das erweist sich für das AR als eine Verletzung der Fürsorge-

9) Vgl. oben § 1 IV und V.

10) Über den Rechtsmißbrauch in der besonderen Form der Zweckentfremdung vgl. H. Rüdý, Der Rechtsmißbrauch, Diss. Mü. 1934, S. 90 ff.

11) Vgl. Gerh. Schnorr, ArbuR 1953, S. 285.

12) Vgl. Hueck, Anm zu AP Nr. 1 zu § 620 BGB (Befr. ArbVertr.); Herschel-Steinmann, KSchG, Anm. 14 g zu § 1; Osswald, Betr 1956, S. 941; Gerh. Schnorr, ArbuR 1953, S. 285 und Siebert, RdA 1958, S. 369.

13) Vgl. Siebert, Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung, 1934, S. 97 ff.

14) Vgl. § 9, Ziff. 4.

pflicht des ArbG, die zum Schadensersatz verpflichtet.

2.) Beachtlicher wird dagegen der Vorwurf, daß es sich bei der von Hueck entwickelten Lösung um eine Überspannung der Fürsorgepflicht handelt, wenn man ihn, wie offenbar von Molitor gemeint, so versteht, daß das Verhalten des ArbG bei einem K zwar eine Verletzung seiner Fürsorgepflicht darstellt, daß diese aber nicht zu einem Schadensersatzanspruch des hier unterstellten Inhalts führe. Molitor geht nämlich davon aus, daß es sich sowohl beim ersten Vertrags-schluß wie bei den späteren Verlängerungen nur um ein Verschulden des ArbG handle, das lediglich das Verhalten bei diesen Akten, nicht aber die Inhaltsgestaltung betreffe. Es handle sich also in Wirklichkeit um eine culpa in contrahendo, die nur das negative Interesse begründe.¹⁵⁾ Vorallem aber weist Molitor darauf hin, daß durch die Verletzung der Fürsorgepflicht auf keinen Fall der K von selbst in einen Vertrag auf unbestimmte Zeit umgewandelt werde; vielmehr könne allenfalls ein Schadensersatzanspruch entstehen, der dazu führe, daß der ArbG den betreffenden ArbN wieder einstellen muß. Die Fürsorgepflicht des ArbG ende aber mit der Beendigung des ArbVertr und könne deshalb eine derartige Verpflichtung nicht begründen.¹⁶⁾

a) Was zunächst den Einwand betrifft, daß die Verletzung der Fürsorgepflicht hier allenfalls das negative Interesse begründe, so kann er nicht überzeugen. Denn der K, der die Verletzung der Fürsorgepflicht darstellt, entsteht erst durch die mehrfachen befristeten Verlängerungen. Diese werden aber vom ArbG während eines bereits bestehenden ArbVerh vorgenommen, also zu einer Zeit, in der der ArbG dem ArbN gegenüber bereits im vollen Umfang zur Fürsorge verpflichtet ist.¹⁷⁾ Es erscheint daher richtiger, das Verhalten des ArbG als eine positive Forderungsverletzung zu qualifizieren. Wenn man aber dennoch davon ausgehen will, daß es sich nur um ein Verschulden bei Vertragsschluß handle, so ist jedenfalls die daraus gezogene Folgerung nicht richtig.

15) Vgl. BB 1954, S. 504 (Ziff. 2) und Anm zu AR-Blattei, K, Entsch. I.

16) Vgl. AR-Blattei, K, I. Allgemeines.

17) Vgl. Hueck, KSchG, Anm. 24 zu § 1.

Denn auch bei einer culpa in contrahendo kann das Erfüllungsinteresse begründet sein, wie auch die §§ 179 und 463 BGB als gesetzlich geregelte Fälle zeigen. Nach herrschender Lehre ist das dann der Fall, wenn bei richtigem Verhalten der Parteien der Vertrag ordnungsgemäß zustande gekommen wäre.¹⁸⁾ Das aber trifft gerade hier zu, da ein ArbG, der sich seiner Verantwortung gegenüber dem ArbN bewußt ist und entsprechend handelt, statt des K einen Vertrag auf unbestimmte Zeit geschlossen hätte.¹⁹⁾

b) Erweist sich also insoweit die Kritik von Molitor als nicht haltbar, so erledigt sich damit aber nicht auch sein weiterer Einwand, der den konkreten Inhalt dieses auf das positive Interesse gerichteten Schadensersatzanspruches betrifft. Wenn nämlich Hueck ausführt, daß gemäß § 249 BGB der ArbG sich so behandeln lassen müsse, wie wenn ein unbefristeter Vertrag zustande gekommen wäre, so drängt sich dabei die Frage auf, was das im konkreten Fall bedeuten soll. Sicher ist jedenfalls, daß der K nicht von selbst in einen unbefristeten Vertrag umgewandelt wird, was auch die Vertreter dieser Ansicht nicht behaupten. Wenn aber die Befristung wirksam bleibt, dann führt sie auch zu Beendigung des ArbVertr, und zwar ohne daß dazu ein besonderes Verhalten des ArbG erforderlich ist. Denn es ist ja gerade das Charakteristikum einer echten Befristung, daß sie im Gegensatz zu anderen Zeitbestimmungen das Vertragsende automatisch herbeiführt. Folgt man nun hinsichtlich der Begründung und Beendigung des ArbVerh der herrschenden Vertragstheorie, so endet, da das ArbVerh durch den ArbVertr begründet wird, mit dem ArbVertr auch das ArbVerh, und zwar ebenso automatisch wie der ArbVertr selbst. Eine Verlängerung gemäß der Fiktion des § 625 BGB scheidet aus, da ja der ArbG, wenn er den ArbN entlassen will, einer Fortsetzung des ArbVerh nach Zeitablauf stets widersprechen wird.

Wenn also bei einem mißbilligten K das ArbVerh nach Ablauf der letzten Verlängerung automatisch endet und eine Fortsetzung über § 625 BGB

18) Vgl. Ennecc. - Lehmann, § 43 III und die dort in Anmerkung 9 zitierte Entscheidung des RG.

19) Vgl. Hueck, Anm. zu AP Nr. 14 zu § 1 KSchG.

ausscheidet, so läuft die Verpflichtung des ArbG, den ArbN so zu behandeln, wie wenn er einen Vertrag auf unbestimmte Zeit geschlossen hätte, letzten Endes darauf hinaus, daß er den ArbN wieder einstellen, zumindest aber das ArbVerh jetzt unbefristet verlängern muß. Insofern ist also der Einwand von Molitor berechtigt, Nicht zutreffend ist jedoch die weitere Folgerung, daß die Fürsorgepflicht einer derartigen Verlängerung nicht zugrunde gelegt werden kann, da sie mit Beendigung des ArbVerh ebenfalls ende. Molitor beruft sich in diesem Zusammenhang auf den Beschluß des Großen Senates des BAG vom 28.2.1955 ²⁰⁾, der u.a. die Frage der Wiedereinstellungspflicht nach einer Aussperrung behandelt. Es ist richtig, daß dort eine Wiedereinstellungspflicht abgelehnt wird. Die dabei erörterten Fragen haben jedoch mit dem hier angeschnittenen Problem nichts gemeinsam. Denn gerade in dem zitierten Beschluß des BAG wird ausgesprochen, daß die Beendigung des ArbVerh durch eine kollektiv-rechtlich legitime Aussperrung auch individual-rechtlich rechtmäßig erfolgt. Der ArbG verletzt also durch die Aussperrung seine arbeitsvertraglichen Pflichten nicht. Näherliegender wäre daher ein Vergleich mit der Wiedereinstellungspflicht nach einer Verdachtskündigung gewesen, zu der gerade in letzter Zeit wieder zwei Urteile des BGH ²¹⁾ und des BAG ²²⁾ ergangen sind. Aber auch von den dort entschiedenen Fällen unterscheidet sich der bei einem K vorliegende Sachverhalt sehr wesentlich. Stellt sich nämlich bei einer Verdachtskündigung nachträglich heraus, daß sie unbegründet war, so wurde dem ArbN durch diese Kündigung zwar objektiv ein Unrecht zugefügt; dem ArbG aber, der, ehe er kündigte, alles getan hat, um den Verdacht aufzuklären, kann hier ebenfalls kein Vorwurf gemacht werden. Anders dagegen im Falle der K. Hier beruht die mißbilligte Beendigung des ArbVerh auf einem rechtswidrigen und schuldhaften Verhalten des ArbG bei der Fristvereinbarung. Die Pflicht zur Wiedereinstellung, sofern man von einer solchen hier überhaupt sprechen will, ergibt sich dementsprechend aus einem Schadensersatzanspruch, der

20) AR-Blattei, Arbkampf II, Entsch. 4 = AP Nr. 1 zu Art 9 GG (Arbkampf).

21) Urteil v. 13.7.56, AP Nr. 2 zu § 611 BGB (Fürsorgepflicht).

22) Urteil v. 14.12.56, AP Nr. 3 zu § 611 BGB (Fürsorgepflicht).

vor Beendigung des ArbVerh entsteht und gemäß § 249 BGB auf Fortsetzung desselben gerichtet ist. Dieser Schadensersatzanspruch, der selbstverständlich von der Beendigung des ArbVerh nicht betroffen wird, setzt daher das Nachwirken der Fürsorgepflicht gar nicht voraus.²³⁾ Im Gegenteil handelt es sich hier, wie oben dargestellt und von Molitor selbst angeführt, eher um eine Frage der Vorwirkung der Fürsorgepflicht. Mit dem eigentlichen Problem der Wiedereinstellungspflicht, die darauf gestützt wird, daß die Gründe für die Entlassung weggefallen sind und die Wiedereinstellung der Billigkeit entspricht,²⁴⁾ hat die Fortsetzung des ArbVerh im Falle eines mißbilligten K also nichts zu tun. Der Einwand Molitor erweist sich daher als unbegründet.

III. Fürsorgepflicht und Rechtsmißbrauch.

1.) In der vorausgehenden Untersuchung wurde zur Begründung dafür, daß das Verhalten des ArbG bei einem ungerechtfertigten K eine Verletzung seiner Fürsorgepflicht darstellt, daß Verbot der unzulässigen Rechtsausübung herangezogen. Dabei hat sich gezeigt, daß es ein und dasselbe ist, ob man das Verhalten des ArbG als Rechtsmißbrauch oder als Verletzung der Fürsorgepflicht ansieht. Angesicht dieser Erkenntnis mag man nun die Frage stellen, ob die Heranziehung der Fürsorgepflicht überhaupt erforderlich ist, bzw. ob dieser Weg über einen Schadensersatzanspruch nicht einen Umweg darstellt. Er gibt sich nicht aus dem Institut des Rechtsmißbrauches selbst die Lösung des Problems, wenn man dem ArbG die Berufung auf den Fristablauf als unzulässige Rechtsausübung untersagt?²⁵⁾

2.) Dagegen läßt sich aber zunächst einwenden, daß es sich hier um ein arbeitsrechtliches Problem handelt und daher die Fürsorgepflicht als arbeitsrechtlicher Begriff zur Lösung besser geeignet ist. Darin

23) In diesem Sinne auch bei Staudinger, BGB, Anm. 13 Ende zu § 620.

24) Vgl. zu dieser Unterscheidung Hueck, Festschrift für Hedemann, 1958, S. 131 ff, hier Abschnitt II u. III, zur Frage der Nachwirkung Mohnen, RdA 1957, S. 361 ff und 405 ff.

25) Eine derartige Lösung wird von Höfl a. a. O. S. 61 ff angedeutet.

liegt keine übertriebene Systematik; denn die Fürsorgepflicht verdient den Vorzug deshalb, weil sie als arbeitsrechtlicher Grundsatz den besonderen Verhältnissen des AR besser angepaßt, d.h. gegenüber dem das übrige Privatrecht beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben, auf dem auch das Verbot des Rechtsmißbrauches beruht, wesentlich konkreter gefaßt ist. Je konkreter aber der fragende Rechtsgrundsatz ist, desto überzeugender wirkt die Lösung.

3.) Die Heranziehung der Fürsorgepflicht erweist sich darüber hinaus aber auch aus einem anderen Grund als erforderlich. Die Folgerung, daß sich der ArbG auf die Befristung nicht berufen darf, wenn sie mißbräuchlich erscheint, stößt nämlich auf erhebliche Bedenken. Denn, wie bereits oben dargelegt, endet das ArbVerh nach der Arbeitsvertragstheorie automatisch mit dem Fristablauf. Eine besondere Rechtsausübung des ArbG, wie z.B. die Kündigungserklärung als Ausübung des Kündigungsrechtes ist also zur Beendigung des ArbVerh nicht erforderlich. Es fehlt daher hier an einem eigentlichen Verhalten des ArbG, dem man den Erfolg versagen könnte. Erforderlich ist vielmehr, daß der ArbG zu einem positiven Verhalten, nämlich zu einer unbefristeten Verlängerung des ArbVerh verpflichtet wird. Eine derartige Rechtsfolge aber ergibt sich aus einer unzulässigen Rechtsausübung nicht ohne weiteres. Sie ist ihrem Wesen nach ein Handeln ohne Recht und beruht auf dem Grundgedanken, daß der "relative Rechtsinhalt" niemals soweit geht, daß eine mißbräuchliche Ausübung noch Inhaltsverwirklichung sein könnte.²⁶⁾ Das Verbot der unzulässigen Rechtsausübung setzt daher einerseits voraus, daß der Inhalt eines Rechtes durch Rechtsausübung verwirklicht wird und beschränkt sich andererseits darauf, der Ausübung einer nur formalen Rechtsposition den Erfolg zu versagen. Eine Verpflichtung zur Vertragsverlängerung, also zu einem positiven Tun setzt dagegen einen Schadensersatzanspruch voraus und kann deshalb aus einem Tatbestand der unzulässigen Rechts-

26) Vgl. Siebert, Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung, S. 97.

ausübung allein nicht hergeleitet werden.²⁷⁾ Denn eine gegen Treu und Glauben verstoßene Rechtsausübung ist als solche nicht rechtswidrig, sondern geschieht nur ohne Recht.²⁸⁾

Dem-gegenüber überzeugt auch die Argumentation von Höfl nicht, daß der ArbG aus der Befristung ein "Recht auf Entlassung" erwerbe, dessen Ausübung der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegen gehalten werden könne.²⁹⁾ Denn ein derartiges Recht ließe sich allenfalls vom Standpunkt der Eingliederungstheorie ausbejahren, da hiernach der Ausstellung als Gegenstück zur Eingliederung rechtliche Bedeutung für die Beendigung des ArbVerh zukommt. Nach der Vertragstheorie hat dagegen die Entlassung bei Fristablauf keinerlei rechtliche Bedeutung. Von einem Recht auf Entlassung kann daher keine Rede sein. So hat auch das LAG Bremen festgestellt, daß von einer Entlassung im Sinne eines Rechtsbegriffes nur dann gesprochen werden könne, wenn das ArbVerh durch eine Kündigung des ArbG beendet wird. Bei einer Beendigung des ArbVerh durch Fristablauf handle es sich dagegen um ein bloßes Weggehenlassen, dem keine rechtliche Bedeutung zukomme.³⁰⁾

Diese Überlegung zeigt also, daß zwar in dem Abschluß des ungerechtfertigten K seitens des ArbG sowohl eine Fürsorgepflichtverletzung als auch ein Rechtsmißbrauch gesehen werden kann, daß aber die erste Ansicht als speziellere Lösung vorzuziehen ist, weil sie allein das erforderliche Ergebnis zu begründen vermag.

III. ABSCHNITT

Die Einschränkung der Vertragsfreiheit.

§ 14

I. Allgemeines.

1.) In dem vorausgehenden Abschnitt wurden die Rechtsprechung des BAG und die mit Hilfe der Fürsorgepflicht gefundene Lösung einander

27) Vgl. Siebert, a. a. O., S. 144.

28) Vgl. Siebert, a. a. O., S. 100 u. 137.

29) a. a. O., S. 61-62.

30) Urteil vom 21.1.1959, Betr 1959, S. 407.

gegenübergestellt, um zu untersuchen, welche Ansicht das im Prinzip gleiche Ergebnis besser zu begründen vermag. Es wurde dabei einleitend schon gesagt, daß dieses Ergebnis, in-dem es den Parteien verbietet, zwischen den im Gesetz vorgesehenen Formen des ArbVertr zu wählen, den Grundsatz der Vertragsfreiheit einschränkt. Es ist daher erforderlich, eine Abwägung zwischen diesem in § 305 BGB festgelegten Grundprinzip unserer Privatrechtsordnung und den zu seiner Einschränkung herangezogenen Grundsätzen vorzunehmen.

2.) Der Ausgleich dieser sich widerstreitenden Prinzipien wird von vielen zu Recht als die eigentliche Aufgabe, als der juristische Kern einer Lösung des Problems der K bezeichnet.¹⁾ Es mag daher vielleicht fehlerhaft erscheinen, wenn hier die von diesem Gesichtspunkt aus gesehen zweitrangige Frage der besseren Begründung des Ergebnisses zuerst behandelt wurde, ohne vorher Klarheit darüber zu schaffen, ob dieses Ergebnis vom Grundsatz der Vertragsfreiheit aus überhaupt haltbar ist. Dieses Vorgehen läßt sich aber damit rechtfertigen, daß gegen dieses Ergebnis, d.h. gegen die Auffassung, daß K unzulässig seien, sofern sie nicht durch besondere sachliche Gründe gerechtfertigt sind, kaum Bedenken geäußert werden.

3.) Eine Ausnahme davon macht lediglich Molitor, der in seinem Lösungsvorschlag die Zulässigkeit der K nach einem wesentlich weiteren Maßstab abgrenzt.²⁾ Molitor wendet sich gegen das allgemein befürwortete Ergebnis in sehr massiver Weise, er bezeichnet es geradezu als Freirechtsjurisprudenz, wenn man, wie das BAG, die Befristung für nichtig erklärt und dann unter Ausschaltung des § 139 BGB dem Parteiwillen einen Vertrag aufdränge, den zumindest der ArbG unter keinen Umständen schließen wollte. Das gleiche gelte aber auch für die Lösung mit Hilfe der Fürsorgepflicht.³⁾ Es werde in beiden Fällen entgegen § 620 BGB den Beteiligten nicht zur Wahl gestellt, ob

1) Vgl. Hild, Krüger, NJW 1955 II, S. 1050 ff (II 1b), Siebert, RdA 1958, S. 370 (II 5) und Westhofen, SAE 1956, S. 36.

2) Vgl. oben § 8.

3) Anm. zu AR-Blattei, K, Entscheidung 1.

sie ihr ArbVerh befristet oder unbefristet begründen wollen, sondern davon ausgegangen, welche Form die Beteiligten nach objektiv verständigen Gesichtspunkten hätten treffen müssen und der Parteiwille entsprechend korrigiert.^{4) 5)}

II. Der Inhalt der Vertragsfreiheit.

1.) Dieser Kritik Molitors kann jedoch nicht gefolgt werden. Sein Standpunkt ist überhaupt nur dann haltbar, wenn man den Grundsatz der Vertragsfreiheit als ein rein formales Prinzip ansieht, das jeder nicht ausdrücklich verbotenen Vereinbarung Wirksamkeit verleiht, sobald beide Parteien sich damit einverstanden erklären. Mit diesem Inhalt aber ist der Grundsatz der Vertragsfreiheit ganz allgemein, besonders aber im AR untragbar. Denn er würde dann zwar, wie das BAG in seiner grundsätzlichen Entscheidung zu den K⁶⁾ zu Recht ausführt, in gleicher Weise für ArbG und ArbN gelten; Bedeutung aber würde er fast nur für den ArbG haben, da der ArbN auf Grund seiner meist sozial und wirtschaftlich schwächeren Stellung von der ihm gewährten Freiheit nicht den selben Gebrauch machen kann wie der regelmäßig wirtschaftlich und sozial stärkere ArbG. Die formale Anwendung dieses Grundsatzes muß daher vielfach zu Mißhelligkeiten führen⁷⁾, weil der ArbN, der darauf angewiesen ist, seinen und seiner Familie Unterhalt zu verdienen, sich oft genug zu einem für ihn ungünstigen Vertragsinhalt bereit findet, wenn er nur überhaupt eine Arbeits- und damit Verdienstmöglichkeit findet, und der ArbG, der zudem noch juristisch besser beraten ist, dies gerne ausnützt⁸⁾. So beruht auch bei einem K die Zustimmung des ArbN zu den jeweiligen Verlängerungen in aller Regel nicht auf einer Billigung, sondern sie erfolgt, weil der ArbN sonst seinen Arbeitsplatz überhaupt verlieren würde.⁹⁾

2.) Es ist daher notwendig, den Grundsatz der Vertragsfreiheit in seinem

4) Vgl. AR-Blattei, K, I. Allgemeines.

5) Vgl. auch BB 1954, S. 504 (Ziff. 2).

6) BAG I, 128.

7) Vgl. Gerh. Müller, DBetrV 1955, Heft 2, S. 6.

8) So wörtlich Molitor selbst in Molitor-Hueck-Riezler, der Arb Vertr 1925, S. 85.

9) Vgl. LAG Berlin, Urteil v. 10. 9. 54, ARSt XIII Nr. 228.

materiellen Inhalt zu erkennen, d.h. sich zu fragen, unter welchen Voraussetzungen dieses Rechtsprinzip die ihm im Rechtsleben zukommenden Funktionen erfüllen kann.

Die Aufgabe der Vertragsfreiheit besteht darin, den Rechtsgenossen die Möglichkeit zu gewähren, ihre gegenseitigen Beziehungen nach dem Willen und den Interessen der Beteiligten zu ordnen. Es erscheint daher richtig, wenn vielfach die Vertragsfreiheit als eine Folgerung oder als ein Ausfluß des Grundrechts der freien Entfaltung der Persönlichkeit angesehen wird.¹⁰⁾ Von einer solchen freien Entfaltung der Persönlichkeit aber kann keine Rede mehr sein, wenn die Vertragsfreiheit im Ergebnis dahin führt, daß wegen seiner stärkeren Stellung lediglich der eine Partner seine Interessen verwirklichen kann und dabei die des anderen erheblich beeinträchtigt.

Der Grundsatz der Vertragsfreiheit muß daher wie das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit selbst unter dem Gesichtspunkt gesehen werden, ob nicht seine Anwendung zu einer ungerechtfertigten Verletzung der Rechtsposition des Vertragspartners, insbesondere auch seines Rechtes auf Sicherung seiner Persönlichkeit führt. Beide Grundsätze würden isoliert für sich auf einen konkreten Fall angewendet infolge der Vernachlässigung anderer, nicht minder bedeutender Grundsätze der gleichen Verfassung zu einem falschen Ergebnis führen.¹¹⁾ Sie müssen daher so verstanden werden, wie es dem Menschenbild des GG entspricht, das, wie das BVerfG in seinem Urteil vom 20.7.1954 festgestellt hat¹²⁾, die Spannung Individuum - Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsgebundenheit entschieden hat und damit von dem einzelnen verlangt, daß er sich diejenigen Schranken seiner Handlungsfreiheit gefallen läßt, die der Gesetzgeber zur Pflege und Förderung des sozialen Zusammenlebens zieht. Dabei wird nun besonders der Grundsatz des sozialen Staates bedeutsam, und zwar in seiner allgemeinen Bedeutung, die besagt, daß die gesamte Rechtsordnung so gestaltet sein muß, daß sie einem jeden ein der menschlichen Persönlichkeit entsprechendes Dasein gewähren kann¹³⁾. Dieser Grundsatz wird in diesem Zusammenhang

10.) Vgl. Gerh. Müller, a.a.O., S. 6 u. BAG, 1, 118.

11.) Vgl. Peters, Karl Arnold-Festschrift, S. 117 u. 122.

12.) BVerfGE 4, 15.

13.) Vgl. Gerh. Müller, Betr 56, S. 526; Maunz, Dt. Staatsrecht, S. 59.

sowohl in der eben zitierten Entscheidung des BVerfG als auch in der Grundsatzentscheidung des BAG zu den K noch einmal herangezogen.

3.) Die vom Gesetzgeber zur Pflege und Förderung des sozialen Zusammenlebens gezogenen Schranken aber finden sich im Fall der K im KSchG, d. h. in dem dort zum Ausdruck gebrachten Bestandsschutzprinzip, das seinerseits eine Verwirklichung des sozialen Staates darstellt. Durch dieses Gesetz, daneben aber auch durch die Schaffung der Kündigungsfristen hat der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, daß der ArbN seinen Arbeitsplatz nach Möglichkeit überhaupt nicht, zumindest aber nicht unvorbereitet verlieren soll. Wenn der Gesetzgeber diesen Schutz nun auch nur an das unbefristete ArbVerh geknüpft und daneben auch an der grundsätzlichen Zulässigkeit des befristeten ArbVerh in § 620 BGB nichts geändert hat, so hat diese Regelung des Kündigungsschutzes doch auch für das befristete ArbVerh Bedeutung. Denn der Gesetzgeber hat, indem er so das unbefristete ArbVerh sozial-rechtlich privilegierte, dieses damit gleichzeitig zur sozialstaatlich erwünschten Regelung des ArbVerh gemacht. Er hat also damit das freie Wahlrecht der Parteien in gewisser Beziehung eingeschränkt.¹⁴⁾

4.) Wichtig ist es nun, die Tragweite dieses Gedankens zu erkennen. Zu weit dürfte es gehen, wenn man, wie z. B. das ArbGer München-Gladbach¹⁵⁾, die Grenze der Vertragsfreiheit schon dort sehen will, wo der ArbG diesen Bestandsschutz des KSchG vereitelt, ohne daß dazu eine betriebliche Notwendigkeit oder sonst ein rechtfertigender Grund besteht. Denn der Bestandsschutz des KSchG wird ohne Ausnahme durch jede Befristung ausgeschaltet, so daß diese Ansicht im Ergebnis dazu führt, daß jede Befristung nur mehr unter besonderen Voraussetzungen zulässig wäre. Eine derartige Einschränkung der Vertragsfreiheit läßt sich jedoch nicht rechtfertigen. Denn es wird hier, wie schon an anderer Stelle gezeigt, übersehen, daß die Befristung grundsätzlich selbst einen gewissen Bestandsschutz schafft, indem sie die ordentliche Kündigung ausschließt. Auch kennt bei einem einfachen Zeitvertrag der ArbN in der Re-

14) So BAG, Urteil v. 26.11.55, AP Nr. 14 zu § 1 KSchG.

15) Urteil v. 16.7.54, SAE 1955, S. 16.

gel das Vertragsende und verliert daher trotz fehlender Kündigungsfristen den Arbeitsplatz nicht unvorbereitet. Die Grenze muß daher gezogen werden, wo der Bestandsschutz des KSchG durch die Befristung ausgeschlossen und diese Befristung außerdem in einer Weise verwendet wird, bei der dieser "Bestandsschutz der Befristung" ebenfalls verloren geht, wie das vor allem für den K zutrifft. Und auch diese Grenzlinie wird noch durch jene Fälle, in denen für eine solche Gestaltung des ArbVerh ein rechtfertigender Grund vorliegt, durchbrochen.

Diese Fälle aber können nur im Wege einer ins Einzelne gehenden Untersuchung aufgezeigt werden. Hier sollte nur der grundsätzliche Inhalt der Vertragsfreiheit in Bezug auf das befristete ArbVerh untersucht werden, und es darf wohl gesagt werden, daß diese aus der Funktion der Vertragsfreiheit unter Heranziehung von Sozialstaatsklausel und Bestandsschutzprinzip gewonnene Abgrenzung der Ansicht Molitors vorzuziehen ist.

III. Vertragsfreiheit und Fürsorgepflicht.

1.) Die Untersuchung hat sich bisher darauf beschränkt, gegenüber der Ansicht Molitors den wirklichen Inhalt der Vertragsfreiheit zu ermitteln. Wie aber das ganze Kapitel, so soll auch dieser Abschnitt dazu dienen, die Bedeutung und die Verwertbarkeit der bei der Behandlung der K herangezogenen Grundsätze zur Lösung dieses Problems aufzuzeigen. Wenn sich nun hier das Sozialstaatsprinzip zusammen mit dem Bestandschutzgedanken als der geeignete Grundsatz zur Abgrenzung der Vertragsfreiheit erwies, im vorgehenden Abschnitt es sich aber zeigte, daß eine auf die Fürsorgepflicht abstellende Lösung das Ergebnis konstruktiv besser zu begründen vermag, so fragt es sich nun, welche Folgerungen daraus zu ziehen sind.

2.) Der Schluß, daß das im vorhergehenden Abschnitt gefundene Ergebnis nun revidiert werden müsse, weil mit Hilfe der Fürsorgepflicht zwar begründet werden könne, weshalb bei einem ungerechtfertigten K der ArbG sich nicht auf die Befristung berufen kann, derselbe Grundsatz aber nicht auch die Vertragsfreiheit in der erforderlichen Weise einzuschränken vermag, liegt nahe. Er ist aber zumindest verfrüht; denn

es ist noch gar nicht geprüft, ob die Fürsorgepflicht nicht ebenfalls in der Lage ist, den Grundsatz der Vertragsfreiheit einzuschränken. Man kann der Fürsorgepflicht diese Fähigkeit jedenfalls nicht schon deshalb absprechen, weil der Grundsatz der Vertragsfreiheit, wie bereits erwähnt, als Ausfluß des Grundrechts der freien Entfaltung der Persönlichkeit verfassungsmäßig verankert sei und deshalb nicht durch einen rein privatrechtlichen Grundsatz modifiziert werden könne. Denn mit wohl gleicher Berechtigung könnte man auch behaupten, daß die Fürsorgepflicht ihrerseits als Ausfluß des Grundsatzes vom sozialen Staat in Art 20 GG garantiert sei. Es wurde ja bereits oben gesagt, daß die Fürsorgepflicht und der Grundsatz des sozialen Staates keine Gegensätze sind, sondern sich inhaltlich und funktionsmäßig weitgehend überschneiden.¹⁶⁾ Man wird aber wohl zugeben müssen, daß der Sozialstaatsgedanke, vor allem aber seine nähere Ausprägung im Bestandsschutzprinzip zur Bestimmung der Grenzen der Vertragsfreiheit besser geeignet ist. Denn letzten Endes handelt es sich hier darum, zwischen diesem Bestandsschutzgedanken und dem Grundsatz der Vertragsfreiheit einen Ausgleich zu schaffen.¹⁷⁾

3.) Damit hat sich aber die oben angedeutete Schlußfolgerung noch nicht als richtig erwiesen. Sie war nämlich nicht nur verfrüht, sondern geht außerdem von der falschen Voraussetzung aus, daß eine Lösung des Problems nur dann zu billigen sei, wenn dabei mit Hilfe des gleichen Prinzips sowohl das konkrete Ergebnis begründet als auch im Hinblick auf den Grundsatz der Vertragsfreiheit gerechtfertigt werden kann. Diese Annahme beruht auf der Vorstellung, daß bei einer solchen Lösung der Grundsatz der Vertragsfreiheit erst eingeschränkt werden müßte. Das aber ist nicht richtig. Vielmehr ist der Grundsatz der Vertragsfreiheit bereits von vornherein durch die übrige Rechtsordnung modifiziert. Die Gerichte könnten diesen Grundsatz auch gar nicht einschränken; denn sie sind ja an Gesetz und Recht gebunden. Die Gerichte können daher nur den wirklichen Inhalt der Vertragsfreiheit feststellen. In diesem Sinne führt auch das BVerfG in der bereits zitierten

16) Vgl. oben § 11, I 1.

17) Vgl. Siebert, RdA 1958, S. 370 (II 7); a. A. jedoch Westhofen, SAE 56, S. 37.

Entscheidung aus: "Erblickt man in Art 2 Abs 1 GG eine umfassende Gewährleistung der Handlungsfreiheit, so besteht diese von vornherein nur, soweit sie nicht die Rechte anderer verletzt und gegen die verfassungsmäßige Ordnung verstößt". 18)

Das bedeutet aber, daß die Fragen, weshalb K unter den bekannten Voraussetzungen unzulässig sind und wie sich dieses Ergebnis mit dem Grundsatz der Vertragsfreiheit vereinbaren läßt, nicht notwendig mit Hilfe des gleichen Rechtsgrundsatzes beantwortet werden müssen. Vielmehr ist es so, daß, wenn einmal die Grenzen der Vertragsfreiheit in der oben dargestellten Weise festgestellt sind, damit der Raum für die eigentliche Begründung des Ergebnisses frei ist und jede haltbare Begründung auch brauchbar ist. Es steht daher auch nichts im Wege, hier einerseits in dem Abschluß eines ungerechtfertigten K eine Verletzung der Fürsorgepflicht zu sehen und andererseits den Inhalt der Vertragsfreiheit mit Hilfe des Sozialstaatsgedankens und des Bestandsschutzprinzipes zu bestimmen.

IV. ZUSAMMENFASSUNG.

Als Ergebnis der in diesem Kapitel vorgenommenen Gegenüberstellung der arbeitsrechtlichen Grundsätze Fürsorgepflicht und Sozialstaatsprinzip, bzw. der mit ihrer Hilfe gefundenen Lösungen kann somit festgestellt werden:

1.) K stellen, soweit diese Vertragsgestaltung nicht durch die besondere soziale oder wirtschaftliche Gründe gerechtfertigt wird, eine Verletzung der Fürsorgepflicht des ArbG dar, die diesen zum Schadensersatz verpflichtet. Der Inhalt dieses Schadensersatzanspruches besteht gemäß § 249 BGB darin, daß der ArbG den ArbN unbefristet weiterbeschäftigen muß, bis das ArbVerh durch eine wirksame Kündigung beendet wird.

2.) Die mehrmalige Befristung des ArbVerh ohne rechtfertigenden Grund bedeutet einen Mißbrauch der Form des Zeitvertrages. Das Ver-

18) BVerfGE 4, 15.

bot der unzulässigen Rechtsausübung reicht jedoch allein zu einer befriedigenden Lösung des Problems nicht aus.

3.) Die mit Hilfe der Fürsorgepflicht gewonnene Lösung ist der Rechtsprechung des BAG vorzuziehen,

- a) weil die Fürsorgepflicht gegenüber der Sozialstaatsklausel, deren rechtliche Bedeutung zudem äußerst umstritten ist, für die Lösung des Problems den wesentlich konkreteren Grundsatz darstellt,
- b) weil die auf die Fürsorgepflicht gestützte Lösung es vermeidet, mehr oder weniger unmittelbar mit Hilfe einer Verfassungsnorm das Einzelarbeitsverhältnis zu gestalten und damit der herkömmlichen Auffassung über das Verhältnis von öffentlichem und privatem Recht besser entspricht, und
- c) weil die Lösung mit Hilfe der Fürsorgepflicht im Prinzip zum gleichen Ergebnis gelangt wie das BAG, ohne sich aber dabei über ausdrückliche Vorschriften des BGB (§ 139, 140) hinwegsetzen zu müssen.

4.) Fürsorgepflicht und Sozialstaatsprinzip sind jedoch keine Gegensätze, sondern harmonisieren miteinander. So wird der Grundsatz des sozialen Staates auch bei der hier befürworteten Lösung in zweifacher Weise aktualisiert. Er dient zunächst zur Ermittlung der Anforderungen, die die Fürsorgepflicht hinsichtlich der Inhaltsgestaltung des ArbVerh an das Verhalten des ArbG stellt. Vor allem aber gewinnt er Bedeutung bei einer wertakzentuierten Abgrenzung des Grundsatzes der Vertragsfreiheit.

3. KAPITEL

Die verschiedene Tragweite beider Lösungen.

I. ABSCHNITT

Die Vorzüge der vom BAG vertretenen Ansicht.

§ 15 Die Befristung der Klage.

Im vorhergehenden Kapitel war mehrfach davon die Rede, daß die beiden dort einander gegenübergestellten Lösungen im Prinzip zum gleichen Ergebnis führen. Das ist richtig; denn nach beiden Ansichten werden K grundsätzlich nur dann für zulässig erachtet, wenn sie durch besondere soziale und wirtschaftliche Gründe gerechtfertigt erscheinen. Dennoch aber hat der Streit um die Begründung dieses Ergebnisses nicht nur theoretische, sondern auch praktische Bedeutung. Die Verschiedenheit der Lösungswege wird nämlich bei einer Reihe von Einzelfragen bedeutsam, deren Beantwortung nach der jeweils herangezogenen Theorie zum Teil recht verschieden ausfällt. Dabei erweisen sich beide Ansichten teils vorteilhaft, teils nachteilig. Die Vorzüge der vom BAG vertretenen Lösung zeigen sich vor allem bei der Frage der Klagebefristung.

I. Das Problem.

1.) Nach dem KSchG muß ein ArbN, der geltend machen will, daß eine Kündigung sozial ungerechtfertigt ist, innerhalb von drei Wochen nach Zugang der Kündigung beim ArbGer Klage auf Feststellung erheben, daß das ArbVerh durch die Kündigung nicht aufgelöst ist (§ 3 KSchG). Unterläßt der ArbN diese Klage, so wird die sozialwidrige und nach der Regelung des KSchG nichtige Kündigung rechtswirksam, d.h. sie gilt als von Anfang an wirksam (§ 6 KSchG). Der Bestandsschutz des unbefristeten ArbVerh ist also an eine befristete Geltendmachung durch den ArbN gebunden. Der Grund dieser Regelung ist leicht erkennbar.

Sie liegt im Interesse der Rechtssicherheit und dient dazu, kurzfristig Klarheit zwischen den Parteien des ArbVerh und auch gegen-über Dritten darüber zu schaffen, ob das ArbVerh rechtswirksam beendet ist.¹⁾

2.) Die gleiche Unsicherheit hinsichtlich der Beendigung des ArbVerh besteht nun aber auch dann, wenn sich der ArbG bei einem K nach Fristablauf weigert, den ArbVertr zu verlängern. Es besteht also auch hier ein Bedürfnis, innerhalb angemessener Zeit klare Verhältnisse zu schaffen, und es erscheint daher geboten, daß auch ein ArbN, der glaubt, in einem unzulässigen K zu stehen und deshalb Anspruch auf Weiterbeschäftigung zu haben, seine Rechte gegenüber dem ArbG kurzfristig geltend machen muß. Auch besteht kein ausreichender Grund dafür, die ArbN, die Kündigungsschutz nach dem KSchG selbst nicht beanspruchen können, durch eine unbefristete Klage besser zu stellen als diejenigen, denen ein solcher zukommt. Es erscheint daher wünschenswert, für die Beendigung des K die Befristung des § 3 KSchG zu übernehmen, die in § 11 Abs 1 S.2 KSchG bereits auf die außerordentliche Kündigung ausgedehnt ist.²⁾

II. Die rechtliche Möglichkeit der Befristung.

1.) Ehe man nun die rechtliche Zulässigkeit einer derartigen Befristung im Falle des K prüft, ist es erforderlich, sich Klarheit darüber zu verschaffen, worauf die Klage des ArbN nach beiden Ansichten gerichtet sein muß, d.h. welche Art von Entscheidung damit begehrt wird.

Nach der Lösung des BAG ist die Befristung eines mißbilligten K nichtig. Der ArbN muß daher zunächst auf Feststellung klagen, daß sein ArbVerh auf Grund der Nichtigkeit der Befristung ein unbefristetes darstelle und deshalb durch den Fristablauf nicht beendet wurde. Da nun aber die Möglichkeit besteht, daß die Berufung des ArbG auf den Fristablauf, unter Umständen auch schon die letzte Verlängerung, der veränderten Rechtslage entsprechend, als Kündigung aufzufassen ist, muß der ArbN praktisch auch die weitere Feststellung verlangen, daß, sofern aus

1) Vgl. dazu Herschel-Steinmann, KSchG, Anm 1 zu § 1.

2) Vgl. dazu Endemann, ArbuR 1954, S 270 (III).

dem Verhalten des ArbG eine Kündigung zu entnehmen sei, diese gemäß § 1 KSchG sozialwidrig und deshalb unwirksam sei. Erst die positive Entscheidung dieser zweiten Frage erlaubt dann die endgültige Feststellung, daß das ArbVerh noch fortbesteht.³⁾

Nach der von Hueck entwickelten Lösung muß der ArbN zunächst seinen Schadensersatzanspruch gerichtlich geltend machen, d.h. darauf klagen, daß ihn der ArbG so zu behandeln habe, wie wenn er ihn von Anfang an unbefristet eingestellt hätte. Dazumuß dann aber auch hier die weitere Feststellung kommen, daß eine etwaige Kündigung nach § 1 KSchG unwirksam ist.

2.) Damit ist also in beiden Fällen zur endgültigen Entscheidung über das Fortbestehen des ArbVerh eine doppelte Prüfung erforderlich. Es ist aber nicht richtig, wenn Molitor meint, daß dabei zweimal das gleiche geprüft werde.⁴⁾ Ebenso spricht es nicht gegen beide Lösungen, daß diese doppelte Prüfung überhaupt erforderlich wird.⁵⁾ Denn dieses Ergebnis läßt sich, wie Molitor dabei zu Unrecht annimmt, auch dann nicht umgehen, wenn man das KSchG in der von Bötticher vorgeschlagenen Weise unmittelbar auf die Weigerung des ArbG zur Fristverlängerung anwendet. Auch nach dieser Ansicht soll nämlich die Klage nach § 3 KSchG erst dann zulässig sein, wenn sich in einer Vorprüfung der K als objektiver Verzicht auf den Bestandsschutz darstellt.⁶⁾ Bötticher, der sich besonders mit dieser Frage auseinandergesetzt hat, weist dabei auch nach, daß hier keineswegs zweimal über die gleiche Frage entschieden werde. Vielmehr wird hier ein Verhalten des ArbG zu verschiedenen Zeiten an Hand verschiedener Normen geprüft, nämlich die Befristung des ArbVerh gemessen an Bestandsschutz- und Sozialstaatsprinzip bzw. Fürsorgepflicht und eine etwaige Kündigung gemessen an § 1 KSchG.⁷⁾ Dabei ist freilich der Maßstab für die Zulässigkeit eines K

3) So besonders deutlich im Urteil des BAG vom 12. 5. 55, AP Nr. 2 zu § 620 BGB (befr. ArbVertr).

4) Vgl. Molitor, BB 1954, S 505 (Ziff. 3).

5) Anderer Ansicht Molitor, AR-Blattei, K, I. Allgem. (D).

6) Vgl. oben § 5 Ziff. 1.

7) BB 1955, S. 675 (Ende).

und der für die Wirksamkeit der ordentlichen Kündigung nach § 1 Abs 1 KSchG im Prinzip der gleiche, nämlich die soziale Rechtfertigung. Für die Abgrenzung im Einzelfall sind aber durchaus verschiedene Momente maßgebend.⁸⁾

3.) Will man nun auch bei einem K den Bestandsschutz an eine befristete Geltendmachung knüpfen, dann muß hierzu die Klage oder besser der Teil der Klage befristet werden, mit dem der ArbN geltend macht, daß das ArbVerh auf unbestimmte Zeit laufe, bzw. daß er entsprechend behandelt werden müsse. Denn von der Entscheidung dieser Frage hängt es ja ab, ob überhaupt noch eine weitere Prüfung hinsichtlich einer evtl. Kündigung erforderlich ist. Bei der Frage nach der Zulässigkeit einer entsprechenden Anwendung des § 3 bzw. 11 Abs 1 S 2 KSchG auf diesen Teil der Klage erweist sich nun der Unterschied beider Lösungen als bedeutsam und die Ansicht des BAG als vorteilhaft. Zwar hat bisher auch das BAG die Befristung der Klage noch nicht erwogen. Doch würde bei seiner Lösung, die den Bestandsschutz des K unmittelbar aus dem KSchG herleitet, nichts entgegenstehen, auch die Vorschrift des § 3 KSchG auf den K entsprechend anzuwenden. Geht man dagegen davon aus, daß die Vorenthaltung des Bestandsschutzes als Verletzung der Fürsorgepflicht den ArbG schadensersatzpflichtig macht, so ist der Rechtsbehelf des ArbN eine Schadensersatzklage, die materiell und verfahrensrechtlich vom KSchG unabhängig ist.⁹⁾ Eine analoge Anwendung der Fristen des KSchG auf diese Schadensersatzklage scheidet daher aus rechtssystematischen und rechtsdogmatischen Gründen aus, und kann demgegenüber auch nicht auf die oben angestellten Zweckmäßigkeits- und Billigkeitserwägungen gestützt werden.¹⁰⁾

4.) Dieser Nachteil einer Lösung mit Hilfe der Fürsorgepflicht ist jedoch nicht allzu schwerwiegend. Denn es ist nicht so, wie etwa Bötticher¹¹⁾

8) Vgl. § 1 Abs. 2 KSchG und die entsprechenden Grundsätze für die Zulässigkeit eines K im folgenden Kapitel.

9) So auch Siebert, RdA 1958, S. 370 (II 5).

10) Entsprechend Hunn, RdA 1954, S. 386 für die ähnliche Frage der Anwendung der 3-Wochen-Frist auf die treuwidrige Kündigung; a. A. hinsichtlich der gleichen Frage, Güntner, RdA 1954, S. 134.

11) BB 1955, S. 674 (III 1).

meint, daß damit eine Befristung der Klage überhaupt unmöglich wäre. Vielmehr ist auch nach dieser Ansicht der ArbN gezwungen, seinen Schadensersatzanspruch innerhalb einer dreiwöchigen Ausschußfrist geltend zu machen, und zwar aus folgenden Gründen:

Nach der hier vertretenen Auffassung muß sich der ArbG bei einem ungerechtfertigten K gemäß § 249 BGB so behandeln lassen, als ob ein unbefristeter Vertrag vorläge. Verlangt der ArbN das, so muß er sich selbst auch auf diesen Standpunkt stellen, d. h. er muß die Weigerung des ArbG, das ArbVerh fortzusetzen, als eine ordentliche Kündigung betrachten und gegen diese nach § 3 KSchG fristgemäß Klage erheben, um sie nicht wirksam werden zu lassen. Mit dieser Klage muß er nun aber die Klage auf Schadensersatz wegen Fürsorgepflichtverletzung verbinden. Denn einerseits stellt erst ihre positive Entscheidung klar, daß das ArbVerh nicht schon durch Fristablauf beendet wurde, und andererseits wäre diese Schadensersatzklage zu einem späteren Zeitpunkt sinnlos, da dann ja das ArbVerh auf jeden Fall, sei es nun durch Fristablauf oder durch Wirksamwerden der ordentlichen Kündigung, sein Ende gefunden hätte. Im Ergebnis muß daher auch die Schadensersatzklage innerhalb der Frist des § 3 KSchG erhoben werden.

Der eigentliche Vorteil der Lösung des BAG besteht also, was die Klagebefristung betrifft, nur darin, daß sie die analoge Anwendung des § 3 KSchG ermöglicht und so das gleiche Ergebnis einfacher begründen kann.

III. Der Fristbeginn.

Die Frage, welches Ereignis geeignet ist, bei einem K die Drei-Wochen-Frist des § 3 KSchG in Lauf zu setzen, ist unstritten. Als Anknüpfungspunkte kommen die letzte befristete Verlängerung, der Fristablauf bzw. die Weigerung des ArbG zu diesem Zeitpunkt, den Vertrag zu verlängern, und u. U. eine dazwischen liegende Mitteilung des ArbG in Frage.

1.) Die Ansicht, daß grundsätzlich der Zeitpunkt der letzten Verlängerung für den Fristbeginn maßgeblich sei, bzw. als Kündigung zum vereinbarten Endtermin zu werten sei, wird von Molitor vertreten.¹²⁾

12) AR-Blattei, K, I. Allgem. (E).

Nach seiner Ansicht dürfte dies am besten der Regelung in § 1 Abs. 2 MSchG entsprechen, wonach sich das befristete Mietverhältnis nach Fristablauf fortsetzt, sofern sich nicht der Vermieter zu dem Zeitpunkt, in dem er bei einem unbefristeten Mietverhältnis hätte kündigen müssen, auf den Fristablauf beruft, und diese Berufung dann den Kündigungsschutzvorschriften unterliegt. Molitor gibt jedoch selbst zu, daß es psychologisch nicht zweckmäßig sei, den ArbN zur Anrufung der Gerichte zu nötigen, wenn er noch nicht sicher weiß, ob das ArbVerh nicht ohnedies verlängert werden wird. Er beschränkt daher seine Ansicht an anderer Stelle ¹³⁾ auf die-jenigen Fälle, wo bei der Verlängerung besondere Umstände dafür sprechen, daß dies voraussichtlich die letzte Verlängerung sein wird. Dies führt aber dann dazu, daß der Fristbeginn nicht mehr eindeutig feststellbar ist, sondern von den schwer zu ermittelnden Umständen des Einzelfalls abhängt.

2.) Das gleiche gilt im wesentlichen auch dann, wenn man den Fristbeginn an eine vor Fristablauf erfolgende Mitteilung des ArbG, daß mit einer weiteren Verlängerung nicht mehr zu rechnen sei, knüpfen will. ¹⁴⁾ Zwar hat der ArbN hier wegen des ausdrücklichen Hinweises mehr Grund, sofort die Klage zu erheben. Eine gewisse Hoffnung auf nochmalige Verlängerung wird er aber auch hier noch haben und deshalb die gegenseitigen Beziehungen nicht vor der endgültigen Entscheidung bei Fristablauf stören wollen. Will man jedoch diesem Umstand Rechnung tragen und, wie etwa das ArbGer München-Gladbach ¹⁵⁾, dann eine Ausnahme machen, wenn der ArbN Tatsachen nachweisen kann, auf Grund derer er trotz Bekanntgabe des Vertragsendes mit weiterer Verlängerung rechnen durfte, so wird die Entscheidung über den Fristbeginn dadurch wieder sehr kompliziert. Dazu kommt, daß der ArbG dem ArbN die Beendigung des ArbVerh zwar häufig vorher mitteilen wird, daß er aber ebenso gut auch den Fristablauf abwarten und dann erst die Verlängerung verweigern kann.

13) AR-Blattei, K, I. Allgem. (C II).

14) So das BAG, besonders deutlich i. Urteil v. 12. 5. 55, AP Nr. 2 zu § 620 BGB (Befr. ArbVertr); Herschel-Steinmann, KSchG, Anm 14d zu § 1; Endemann, ArbUr 1954, S. 270 (III) u. ArbGer München-Gladbach, Urteil v. 16. 7. 54, SAE 1955, S. 11 ff.

15) a. a. O., S. 13.

3.) Daher erscheint es am zweckmäßigsten, die Klagefrist gleich mit Fristablauf beginnen zu lassen und die Weigerung des ArbG- in diesem Zeitpunkt, das ArbVerh zu verlängern, wenn möglich als Kündigung auszulegen.¹⁶⁾ Der Fristbeginn ist dann für alle Fälle eindeutig feststellbar und der ArbN wird nicht zu einer möglicherweise voreiligen Klage gezwungen.

§ 16 Die Regelung der Beweislast.

1.) Zu den Fragen, bei denen sich die verschiedene Art der Begründung auswirkt, gehört auch die Regelung der Beweislast. Damit ist nicht die allgemeine, aber u.U. recht schwierig zu entscheidende Frage gemeint, wer nachweisen muß, daß überhaupt eine Befristung vereinbart ist.¹⁾ Vielmehr interessiert hier die daran anschließende Entscheidung, ob diese Befristung nicht sozialwidrig und daher nichtig ist, bzw. als eine Verletzung der Fürsorgepflicht im Wege des Schadensersatzes zur Fortsetzung des ArbVerh verpflichtet. Es handelt sich also um die Frage, wer die Beweislast dafür tragen soll, ob für die wiederholte Befristung rechtfertigende Gründe vorhanden waren.

Es wäre nun durchaus angebracht, ja geradezu erforderlich, daß diesen Nachweis der ArbG zu erbringen hat. Denn der ArbN müßte sonst Negative, nämlich das Fehlen rechtfertigender Gründe beweisen, was schon ganz allgemein sehr schwierig ist. Dazu kommt aber noch, daß es sich hier vorwiegend um Fragen der Betriebsführung handelt, in die der ArbN meist keinen Einblick hat, so daß er in vielen Fällen den Beweis gar nicht führen könnte²⁾

2.) Was jedoch die rechtliche Möglichkeit einer umgekehrten Regelung betrifft, so gilt das bezüglich der Befristung Gesagte auch hier.

16) So auch Bötticher, BB 1955, S. 675 (III 2).

1) Vgl. hierzu LAG Gleiwitz, 21.4.1938, ARSam 33,85 u. Hueck, Lehrb S. 482.

2) Vgl. für die entsprechende Frage der sozial ungerechtfertigten Kündigung Heschel-Steinmann, KSchG, Anm. 53 zu § 1.

Als Rechtsgrundlage bietet sich § 1 Abs. 2 S. 2 KSchG an, worin klargestellt wird, daß die Gründe, die eine Kündigung rechtfertigen, der ArbG zu beweisen hat. Leitet man nun, wie das BAG den Bestandsschutz bei einem K unmittelbar aus dem KSchG her, so steht auch für die Frage der Beweislast der entsprechenden Heranziehung dieser Vorschrift des KSchG nichts entgegen.³⁾

Anders ist jedoch die Rechtslage, wenn man davon ausgeht, daß der ArbG auf Grund einer Verletzung der Fürsorgepflicht zur Fortsetzung des ArbVerh verpflichtet ist, da dann, wie schon ausgeführt, die Klage des ArbN materiellrechtlich und verfahrensrechtlich vom KSchG unabhängig ist. Außerdem würde es hier auch an der Rechtsähnlichkeit beider Tatbestände fehlen; denn nach dieser Ansicht wird im Prozeß nicht um die Rechtswirksamkeit der Befristung gestritten, sondern darüber, ob trotz wirksamer Befristung ein Anspruch auf Fortsetzung des ArbVerh besteht. Der ArbN muß daher nach allgemeinen Grundsätzen die Voraussetzungen des von ihm geltend gemachten Schadensersatzanspruches nachweisen, und dazu gehört neben der Feststellung, daß es sich um einen K handelt, auch der Umstand, daß für die mehrfache Befristung keine sachlichen Gründe bestanden.

3.) Eine andere Verteilung der Beweislast wäre in diesem Fall wohl nur dann zu rechtfertigen, wenn man davon ausgeht, daß K grundsätzlich unzulässig sind, und die Fälle, in denen besondere Gründe vorliegen, die Ausnahmen von diesem Grundsatz darstellen. Diese Betrachtungsweise läßt sich aber nur schwer mit der grundsätzlichen Zulässigkeit der Befristung nach § 620 BGB vereinbaren⁴⁾ und geht auch über die Regelung des Bestandsschutzes im KSchG hinaus, das in § 1 Abs. 1 die Kündigung als rechtsunwirksam erklärt, wenn sie sozial ungerechtfertigt ist, und damit zum Ausdruck bringt, daß es im Grundsatz an dem freien Kündigungsrecht des ArbG festhält.⁵⁾

3) Vgl. Siebert, RdA 1958, S. 370 (II 5 Ende) und Mendigo, ArbuR 55, S. 94.

4) Vgl. auch Westhofen, SAE 1956, S. 36.

5) Weshalb auch gerade die ausdrückliche Regelung der Beweislast in § 1 Abs. 2, S. 2 KSchG erforderlich war; vgl. Herschel-Steinmann, KSchG, Anm. 53 zu § 1.

II. ABSCHNITT

Die Vorzüge einer Lösung mit Hilfe der Fürsorgepflicht

§ 17 Relative Unwirksamkeit der Befristung

1.) Der Ausdruck "relative Unwirksamkeit der Befristung" stammt von Bötticher und wird von ihm verwendet, um damit eine wesentliche Folge der von ihm vorgeschlagenen Lösung zu verdeutlichen.¹⁾

Bötticher hat, wie schon dargestellt, vorgeschlagen, das KSchG auf den Fristablauf, d.h. auf die Weigerung des ArbG, das ArbVerh zu verlängern, entsprechend anzuwenden, sofern der K einen unzulässigen Verzicht auf den Bestandsschutz darstellt. Das hat zur Folge, daß die Befristung auch beim mißbilligten K ihre Bedeutung nicht schlechthin verliert, sondern nur insoweit, als die Unterlassung der Weiterbeschäftigung nach dem Endtermin ebenso als sozial ungerechtfertigt erklärt werden kann, wie es eine Kündigung zu diesem Zeitpunkt sein würde. Erst das Urteil, das diese Feststellung trifft, hätte dann insofern rechtsgestaltende Kraft, als es notwendig das befristete ArbVerh in ein unbefristetes überführen muß. Bis zu diesem Zeitpunkt aber verbleiben der vereinbarten Frist die dem ArbN günstigen Funktionen: er bleibt insofern geschützt, als eine ordentliche Kündigung ausgeschlossen ist und kann sich seinerseits zur Beendigung des ArbVerh auf den Fristablauf berufen, ohne vorher unter Einhaltung der gesetzlichen Frist kündigen zu müssen.

2.) Dieses Ergebnis erscheint beachtlich. Zwar wird der Ausschluß der ordentlichen Kündigung wegen der bei einem K üblichen Kürze der Befristung für den ArbN in der Regel wenig Bedeutung haben. Die Möglichkeit aber, sich seinerseits auf die Befristung berufen zu können, kann dem ArbN unter Umständen recht gelegen sein. Daß dem ArbN damit die

1) BB 1955, S. 675 (III 3).

Wahl bleibt, den Endtermin geltend zu machen oder aber die Befristung anzugreifen, stellt dem ArbG gegenüber auch keine Unbilligkeit dar; denn es ist nur die Folge davon, daß dieser die Befristung ohne rechtfertigenden Grund vornahm.²⁾

Es wäre jedoch nun falsch, wollte man annehmen, daß dieses Ergebnis durch die von Bötticher vorgeschlagene analoge Anwendung des KSchG bedingt wäre. Bötticher hat lediglich bisher allein die Lösung des Problems der K auch unter diesem Gesichtspunkt gesehen. Das von ihm hervorgehobene Ergebnis stellt sich dagegen bei jeder Lösung ein, die die Befristung selbst unangetastet läßt, d.h. sie nicht für nichtig erklärt.

Zu dem gleichen Ergebnis kommt daher auch die von Hueck entwickelte Lösung, die ja den Anspruch auf Fortsetzung des ArbVerh aus einem pflichtwidrigen Verhalten des ArbG anlässlich der Befristung herleitet, an der Wirksamkeit der Befristung selbst aber nichts ändert.

3.) Anders dagegen die Rechtsprechung des BAG. Da danach die Befristung gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, soweit sie sich nicht mit dem im KSchG zum Ausdruck gebrachten Bestandsschutzgedanken vereinbaren läßt, ist sie entweder von Anfang an nichtig oder wird es jedenfalls, sobald die rechtfertigenden Gründe entfallen. Die Lösung des BAG schießt also insofern über das Ziel hinaus, als sie auch die dem ArbN günstigen Folgen der Befristung ausschließt, vor allem also dem ArbN seinerseits die Beendigung des ArbVerh nurmehr durch eine Kündigung möglich macht.

§ 18 Umfassenderer Schutz der ArbN.

In der Einleitung zu dieser Abhandlung wurde u. a. auch versucht, die Bedeutung des Abschlusses eines K darzulegen. Als Ergebnis konnte dabei festgestellt werden, daß durch eine derartige Vertragsgestaltung in der Regel ein Zustand erreicht wird, der dem eines unbefristeten ArbVerh

2) So Bötticher, a. a. O., S. 675 (III 3b).

ohne jeglichen Schutz des ArbN gleichkommt. Der ArbN verliert daher nicht nur den Bestandsschutz des KSchG, sondern auch den Kündigungsschutz aus sonstigen Gesetzen, insbesondere also der Kündigungsfristen. Schließlich wird dadurch auch der erweiterte Bestands- und Kündigungsschutz aus TV ausgeschlossen. Im folgenden soll nun untersucht werden, in wieweit beide Lösungen in der Lage sind, diese Benachteiligung des ArbN im einzelnen zu verhindern, bzw. auszugleichen.

I. Der geschützte Personenkreis.

1.) Das BAG geht bei seiner Lösung von dem Bestandsschutz des KSchG aus. Es betrachtet ihn als eine Verwirklichung des Grundsatzes vom sozialen Staat und kommt aus dieser Überlegung heraus zu einer Ausdehnung dieses Bestandsschutzes auf das befristete ArbVerh. Die Lösung des BAG ist damit auf das Engste mit dem KSchG verknüpft und deshalb auch grundsätzlich an die Grenzen dieses Gesetzes gebunden.¹⁾ Das gilt insbesondere für den geschützten Kreis der ArbN.

Wenn dagegen Hildegard Krüger²⁾ einwendet, daß auch das BAG bei seiner Lösung den Personenkreis der nach dem KSchG geschützten ArbN nach beiden Seiten sprengt und im übrigen nichts dagegen spreche, daß das BAG das KSchG als das die Mehrzahl der ArbN vor dem Verlust ihres Arbeitsplatzes allgemein schützende Gesetz in den Vordergrund stelle, so ist das zwar nicht falsch, aber es trifft nicht den Kern. Richtig ist, daß das BAG einerseits jene ArbN, die eine gesicherte soziale und wirtschaftliche Position haben, aber trotzdem dem KSchG unterstehen, bei seinen Überlegungen ausschließt, während es andererseits eine Kollision der nicht dem KSchG unterstehenden ArbN mit sozial schwacher Position mit den Kündigungsschutzbestimmungen des SBG und des MuSchG in den Kreis seiner Betrachtungen einbezieht.³⁾ Der Fall aber, daß einem der im KSchG nicht geschützten ArbN Kündigungsschutz nach dem SBG oder MuSchG zukommt, ist wohl nur eine seltene Ausnahme, und ein Verstoß gegen die guten Sitten, wie das BAG

1) Vgl. insbesondere Nikisch, BB 1955, S. 198.

2) NJW 1955 II, S. 1050 ff.

3) BAG 21.10.54, 2 AZR 25/53 = BAG I, 133.

ferner meint, wird in aller Regel auch nicht feststellbar sein. Es kann daher wohl gesagt werden, daß das BAG bei seiner Lösung praktisch nur diejenigen ArbN zu schützen vermag, die dem KSchG unterstehen. Demgegenüber dürften aber auch bei jugendlichen ArbN (§ 1 Abs. 1 KSchG) und gerade in Kleinbetrieben (§ 21 Abs. 1 KSchG), wo jeder fest angestellte ArbN für den ArbG eine große Belastung darstellt, K nicht ganz selten sein.

2.) Diese Einengung des geschützten Personenkreises ist nun freilich insofern unbedenklich, als es sich um den nach dem KSchG selbst gewährten Bestandsschutz handelt. Es mag zwar durchaus fraglich sein, ob die im KSchG gemachten Ausnahmen vom sozialen Standpunkt aus gerechtfertigt sind. Dennoch aber erscheint es nicht zulässig, sich im Falle eines K über sie hinwegzusetzen, was außerdem zu einer ungerechtfertigten Besserstellung der in einem K stehenden ArbN führen würde. Vor allem aber ist dies auch praktisch gar nicht möglich; denn selbst wenn man die Befristung des K auch bei den vom KSchG nicht geschützten Personen für unwirksam erklären würde, steht dann dem ArbG gegenüber diesen ArbN das freie Kündigungsrecht zu.

Der wesentliche Unterschied besteht aber darin, daß, sobald eine Kündigung erforderlich ist, der ArbG auch die Kündigungsfristen einzuhalten hat und der ArbN dem Zweck dieser Fristen entsprechend seiner Arbeitsplatz und sein Einkommen nicht völlig unvorbereitet verliert. Wenn der ArbG unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfristen kündigen muß, so hat dies auch noch die weitere Folge, daß damit die Ungewißheit des ArbN über sein Fortkommen, das Warten von Fristablauf zu Fristablauf, ob eine Verlängerung erfolgt, weitgehend beseitigt wird.

3.) Diese Überlegung zeigt also, daß das BAG nicht in allen Fällen die dem ArbN durch den K entstehenden Unbilligkeiten auszugleichen vermag. Sie verdeutlicht aber darüberhinaus ganz allgemein, wie sehr die Lösung des BAG auf das KSchG gestützt ist. Das BAG löst praktisch nur die Frage, weshalb der Bestandsschutz dieses Gesetzes dem ArbN auch bei einem

K zukommen muß, Auf die übrigen Auswirkungen der mehrmaligen Befristung, also vor allem auf den Ausschluß der Kündigungsfristen geht es nicht ein. Diese Auswirkungen des K werden aber im Ergebnis mit erfaßt, d.h. ebenfalls beseitigt. Denn sobald die Befristung als mit dem Bestandsschutzprinzip für unvereinbar und daher nichtig erklärt ist, finden auf den verbleibenden unbefristeten Vertrag automatisch auch alle übrigen Kündigungsvorschriften Anwendung. Die Ausdehnung des Bestandsschutzes ist also für das BAG der Schlüssel, der einmal gefunden alle anderen Fragen von selbst löst oder, anders ausgedrückt: die praktische Auswirkung dieser Lösung geht über den Umfang der rechtlichen Würdigung hinaus.

Bei einer Lösung mit Hilfe der Fürsorgepflicht ist dagegen dieses Verhältnis ausgeglichen. Hier wird bei der Begründung des Ergebnisses der K in seiner Bedeutung voll gewürdigt. Jeder der durch die wiederholte Befristung dem ArbN entstehende Nachteil ist mit ein Grund, um in dem Abschluß des K eine Verletzung der Fürsorgepflicht zu sehen. Zu diesen Nachteilen gehört, worauf besonders Nikisch hinweist ⁴⁾, vor allem auch der Umstand, daß der ArbN jedesmal bis zum letzten Augenblick im ungewissen ist, ob er seinen Arbeitsplatz behalten oder verlieren wird. Durch die Zusammenfassung all dieser Momente als eine Verletzung der Fürsorgepflicht entspricht diese Lösung auch dem Wesen des K besser; denn das Wesen des ungerechtfertigten K erschöpft sich nicht in dem Ausschluß verschiedener Schutzvorschriften, sondern liegt letzten Endes in der Ausnützung des ArbN, in der Mißachtung seiner Interessen durch den ArbG bei der Verfolgung seiner eigenen Ziele.

Daher erlaubt diese Lösung auch eine bessere Anpassung an die besonderen Umstände jedes einzelnen Falles und bietet damit einen umfassenderen Schutz aller ArbN. So kann vor allem dem einzelnen ArbN auch dann geholfen werden, wenn er nicht zu den vom KSchG geschützten Personen gehört, weil auch der Ausschluß der Kündigungsfristen und der sonstigen Kündigungsvorschriften für sich allein unsozial sein und als eine Mißachtung der ArbN-Interessen gegen die Fürsorgepflicht verstoßen kann. ⁵⁾

4) Lehrb., S. 554.

5) So insbesondere Hueck, Lehrb., S. 484 Anm 37.

II. Bestands- und Kündigungsschutz aus TV.

1.) Die Tragweite der Lösung des BAG ist jedoch nicht nur in personeller Hinsicht begrenzt, sondern erscheint auch in sachlicher Hinsicht, d.h. im Hinblick auf die verschiedenen Arten der Schutznormen bedenklich. Die vorhergehende Untersuchung hat gezeigt, daß das BAG bereits die gesetzlichen Kündigungsvorschriften außerhalb des KSchG nur über die mit einem Verstoß gegen den Bestandsschutz des KSchG begründete Nichtigkeit der Befristung zur Anwendung bringen kann. Es erscheint daher äußerst fraglich, wie das BAG dem in einem K stehenden ArbN daneben auch den Bestands- und Kündigungsschutz aus TV zukommen lassen kann.

Diese Schutznormen finden freilich zunächst ebenfalls automatisch Anwendung, sobald die Befristung für nichtig erklärt ist. Es wäre aber zweifellos keine billigungswerte Lösung, wollte man die Nichtigkeit mit einem Verstoß gegen das Bestandsschutzprinzip des KSchG begründen, wenn im Einzelfall der tarifliche Kündigungsschutz völlig im Vordergrund steht, d.h. inhaltlich über den des KSchG hinausgeht.

Diesen Weg hat freilich auch das BAG nicht gewählt, als es bisher zum ersten Male einen derartigen Fall zu entscheiden hatte. Es handelte sich dabei um einen ArbN, der 25 Jahre im öffentlichen Dienst beschäftigt war und daher bei einem unbefristeten ArbVerh gemäß § 16 Abs. 4 TO. A unkündbar gewesen wäre. In dem Tenor dieser Entscheidung ⁶⁾ heißt es, daß die Befristung eines ArbVertr auch dann unwirksam sei, wenn sie dem ArbN die tarifliche Unkündbarkeit nehme und ein verständiger ArbG einen ArbVertr auf unbestimmte Zeit abgeschlossen hätte. Eine eigentliche Begründung wird jedoch dazu nicht gegeben. Das BAG verweist lediglich auf die Grundsatzentscheidung vom 21. 10. 1954 und fügt dann hinzu, daß für den vorliegenden Fall, bei dem der ArbN in erster Linie den Kündigungsschutz nach § 16 TO. A in Anspruch nehme, das gleiche gelten müsse.

6) BAG, Urteil vom 12. 5. 55, 2 AZR 23/54, AP Nr. 2 zu § 620 BGB, (befr. ArbVertr).

2.) Diese Folgerung ist jedoch sehr bedenklich, wenn sie, dem Leitsatz entsprechend, für den tariflichen Kündigungsschutz überhaupt gelten soll. Denn die Grundsatzentscheidung des BAG geht davon aus, daß die Vorschrift des § 1 Abs. 1 KSchG, indem sie ein Recht auf den Arbeitsplatz gewährt, einen allgemeinen Rechtsgedanken beinhaltet und dieser Bestandsschutz in seinem Bereiche den Grundsatz des sozialen Staates verwirklicht. Diese Auffassung ist, wie oben bereits ausgeführt, sicher richtig. Es ist aber nicht ohne weiteres einzusehen, daß das gleiche auch für die Vielzahl der in TV enthaltenen Einzelvorschriften gelten muß; denn man kann wohl nicht in gleicher Weise behaupten, daß auch diese tariflichen Sonderregelungen, die jeweils nur für bestimmte ArbN-Gruppen gelten und sehr verschiedenartig sein können, einen allgemeinen Gedanken beinhalten. Vor allem aber erscheint es fraglich, ob dieser tarifliche Kündigungsschutz als eine Verwirklichung des sozialen Staates bezeichnet werden kann und deshalb an der zufälligen rechtlichen Gestaltung des ArbVerh nicht scheitern darf. Bei einer generellen und vom Gesetzgeber geschaffenen Regelung, wie dem KSchG, mag dies zutreffen. Bei den unterschiedlichen Vereinbarungen der einzelnen Tarifvertragspartner besteht dagegen eine derartige Vermutung nicht ohne weiteres. Denn die vom Gesetzgeber getroffene Entscheidung beruht auf einer freien Abwägung der gegenseitigen Interessen, während die im TV getroffene Vereinbarung doch mehr oder weniger dem zufälligen Kräfteverhältnis der TV- Parteien entspricht. Daher mag die Begründung der zitierten BAG-Entscheidung zwar für den hier zugrunde liegenden besonderen Fall eines Verstoßes gegen den Kündigungsschutz der TO.A noch angehen. Bei Kündigungsvorschriften aus echten TV mit weniger umfassender Bedeutung dagegen erscheint eine andere Begründung notwendig.

3.) Böttcher vertritt in seinem Gutachten über die K gerade im Anschluß an diese Entscheidung die Ansicht, daß es überzeugender wäre, K, durch die der tarifliche Kündigungsschutz ausgeschlossen wird, als unzulässigen Verzicht auf tarifliche Rechte zu behandeln.⁷⁾ Dem ist zuzustimmen.

7) BB 1955, S. 673/674.

Denn, was in diesem Zusammenhang als eigentliches Erfordernis des sozialen Staates erscheint, ist wohl weniger der verschieden-artige in TV gewährte Kündigungsschutz selbst, sondern ganz allgemein der Umstand, daß die in einem TV zugunsten des ArbN vereinbarten Rechte und Vorteile diesem auch tatsächlich zukommen sollen.

Näher liegender dürfte es jedoch noch sein, diesem Gesichtspunkt dadurch Rechnung zu tragen, daß man nicht das Verhalten des ArbN als einen Verzicht auf seine Rechte wertet, sondern umgekehrt auf das Verhalten des ArbG abstellt, durch das er dem ArbN den Kündigungsschutz entzieht, und dieses als eine Verletzung der Fürsorgepflicht des ArbG zu werten, sofern für diese Vertragsgestaltung keine besonderen Gründe vorliegen.

Die Lösung des Problems der K mit Hilfe der Fürsorgepflicht erweist sich also auch hier als brauchbarer Weg, während gegen die vom BAG vertretene Ansicht zumindest große Bedenken bestehen.

III. ZUSAMMENFASSUNG.

Nachdem bereits das vorausgehende Kapitel zu dem Ergebnis kam, daß die Lösung mit Hilfe der Fürsorgepflicht gegenüber der des BAG das im Prinzip gleiche Ergebnis besser zu begründen vermag, kann nun ergänzend festgestellt werden, daß auch die Tragweite dieser Lösung die größere ist. Die zugrunde liegende Untersuchung hat gezeigt, daß dieser Lösungsweg sowohl in personeller als auch in sachlicher Hinsicht einen umfassenden Schutz der in einem K stehenden ArbN ermöglicht, während die Theorie des BAG in einzelnen Fällen versagt oder doch zumindest große Bedenken hervorruft.

Die Behauptung des BAG in dem Urteil vom 21.10.54, es sei nicht ausreichend, den ArbN nur bei einer Verletzung der Fürsorgepflicht Schutz zu gewähren, ist demgegenüber nicht verständlich.⁸⁾

8) Daß die Heranziehung der Fürsorgepflicht zumindest in den meisten Fällen zum gleichen Ergebnis führt, geben auch Hildegard Krüger, NJW 55, S. 1050 ff und Gerh. Müller, Betrieb 56, S. 526 zu.

Die Lösung mit Hilfe der Fürsorgepflicht verdient schließlich auch deshalb den Vorzug, weil sie die dem ArbN günstigen Folgen der Befristung bestehen läßt und damit nicht wie die Ansicht des BAG zu einer Kündigungspflicht auch des ArbN führt.

4. KAPITEL

Die Abgrenzung nach dem Gesichtspunkt der sozialen
Rechtfertigung im einzelnen.

I. ABSCHNITT

Allgemein gültige Feststellungen.

§ 19 Der Grundsatz

1.) Über den für die Abgrenzung des zulässigen vom unzulässigen K maßgeblichen Grundsatz besteht heute, wie bereits ausgeführt, im wesentlichen Einigkeit. Sieht man von der oben besprochenen These Molitors ab¹⁾, so soll nach allgemeiner Ansicht die wiederholte Befristung dann gerechtfertigt sein, wenn besondere wirtschaftliche Gründe dafür bestehen.

2.) Das BAG formuliert den gleichen Grundgedanken meist etwas anders. Es sagt, daß die mehrfache Befristung dann unwirksam sei, wenn sie dem ArbN den Kündigungsschutz nehme und ein verständiger ArbG einen ArbVertr auf unbestimmte Zeit abgeschlossen hätte.²⁾ Dazu hat bereits Neumann-Duesburg ausgeführt, daß diese Formel insofern unrichtig sei, als es nicht entscheidend sein könne, daß die Befristung die Anwendung der Kündigungsbestimmungen und des Kündigungsschutzes ausschließt, weil unter diesem Gesichtspunkt zunächst jeder Zeitvertrag unzulässig sein würde. Maßgeblich sei vielmehr allein, ob die Form des Zeitvertrages lediglich zu diesem Zweck gewählt wurde oder, ob sie durch die sozialen und wirtschaftlichen Verhältnisse gerechtfertigt wird.³⁾ Dem ist zuzustimmen. Dieser Zusatz in der Formulierung des BAG erweckt den Eindruck, als sei der Umgehungsgedanke der wesent-

1) Vgl. oben § 8.

2) So BAG 21.10.54 = AP Nr. 7 zu § 1 KSchG und alle folgenden Entscheidungen zu den K.

3) Anmerkung zu BAG v. 26. 3. 57, AP Nr. 29 zu § 1 KSchG.

liche rechtliche Gesichtspunkt für die Unzulässigkeit des K. In Wahrheit hat aber auch das BAG diesen Gesichtspunkt ausdrücklich als zur Lösung des Problems unbrauchbar erklärt ⁴⁾ und prüft allein, ob sachliche Gründe für die Befristung vorhanden sind. Es wäre daher wohl richtiger, diesen Zusatz im Leitsatz des BAG ganz wegzulassen.

Im übrigen will offenbar auch das BAG mit der von ihm gewählten Formel nichts anderes ausdrücken, als daß die wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse des konkreten Falls maßgeblich sein sollen. So hat es selbst in einer späteren Entscheidung die oben angeführte Formulierung dahin ergänzt, daß die Befristung von ArbVertr wirksam sei, "wenn sachliche Gründe sie gerechtfertigt erscheinen lassen". ⁵⁾

3.) Dieser sehr allgemeine Grundsatz ist jedoch nun wenig geeignet, dem Richter die Entscheidung von Einzelfällen zu erleichtern. Es besteht daher eine Notwendigkeit, dieses allgemeine Prinzip durch konkretere Regeln zu ergänzen oder doch zumindest die typischen Fälle, in denen K als zulässig erscheinen, aufzuzeigen.

§ 20 Versuche zur näheren Umschreibung des Grundsatzes der sozialen Rechtfertigung.

1.) Das Bestreben, eine Faustregel oder wenigstens konkretere Anhaltspunkte dafür zu finden, wann K sozial gerechtfertigt und damit zulässig sind, hat, um das Ergebnis vorwegzunehmen, bisher noch wenig Erfolg gezeigt. Es bedarf wohl keiner Begründung, daß die gelegentlich vertretene Ansicht, K seien bis zur zweiten Verlängerung zulässig und werden ab der dritten unzulässig, unhaltbar ist. Der Gesichtspunkt der sozialen Rechtfertigung hat mit der Anzahl der Verlängerungen offensichtlich nur wenig zu tun. Auch die Feststellung des BAG, daß K mit ArbN, denen das KSchG nicht zugute kommt, also grundsätzlich auch alle K bis zu einer Gesamtdauer von 6 Monaten rechtlich unbedenklich seien ¹⁾,

4) BAG 21.10.54, AP Nr. 7 zu § 1 KSchG,

5) BAG 26.3.57, AP Nr. 29 zu § 1 KSchG.

1) BAG 21.10.54, AP Nr. 7 zu § 1 KSchG.

beruht nicht darauf, daß der K hier sozial gerechtfertigt wäre, sondern ist, wie bereits ausgeführt, eine Folgeerscheinung des vom BAG gewählten Lösungsweges. Nach der hier vertretenen Auffassung kann dagegen auch ein K mit Personen, die dem KSchG nicht unterstehen, eine Verletzung der Fürsorgepflicht darstellen. Die Ausnahmen des KSchG stellen daher ebenfalls keine eindeutigen Grenzen für die Zulässigkeit von K dar.

2.) Einen viel beachteten Versuch zur Aufstellung eines einigermaßen klaren Merkmals dafür, wann K sozial gerechtfertigt sind, hat das LAG Freiburg i. B. in einer Entscheidung vom 13. 11. 52 unternommen.²⁾

Aus einer Zusammenstellung der in Literatur und Rechtsprechung häufig genannten Einzelfälle glaubt das LAG für die Grenzziehung zwischen den zulässigen und unzulässigen K folgende allgemeine Überlegung aufstellen zu können. Es geht davon aus, daß das Recht des ArbN am Arbeitsplatz soweit, aber auch nur soweit geht, als der Arbeitsplatz überhaupt Bestand hat und ferner, daß auf jeden Arbeitsplatz jeweils nur ein ArbN Anspruch erheben könne. Fällt daher bei einem bereits besetzten Arbeitsplatz der ArbN zeitlich aus, dann sei der Abschluß von K mit einer Aushilfe zulässig. Ist der Arbeitsplatz dagegen noch nicht besetzt, dann sei maßgeblich, ob objektiv, d. h. ohne Rücksicht auf den Willen des ArbG ein Dauerarbeitsplatz gegeben ist. Werde dies bejaht, so sollen unzulässige K vorliegen, wenn die Arbeit von einem auf Zeit eingestellten ArbN erledigt wird. Werde aber nur ein vorübergehender Arbeitsplatz geschaffen, dann seien K unbedenklich und das Recht des ArbN auf diesen Arbeitsplatz erlösche mit dem Wegfall des Arbeitsplatzes.

Der dabei geschaffene Begriff des Dauerarbeitsplatzes wird in ähnlicher Weise auch von dem LAG Mannheim in einem Urteil vom 8. 7. 53 verwendet.³⁾ Gegen diese Theorie bestehen aber erhebliche Bedenken. Diese liegen zunächst in rechtlicher Hinsicht darin, daß diese Ansicht lediglich eine Berücksichtigung der betrieblichen Verhältnisse erlaubt, nicht aber auch die ebenso notwendige Berücksichtigung der allgemeinen wirtschaftlichen Lage der Parteien und der sozialen Umstände zuläßt.

2) AP 53, Nr. 95.

3) BB 1953, S. 859.

So mag es richtig sein, daß K dann zulässig sind, wenn nur ein vorübergehender Arbeitsplatz vorliegt oder der für einen Dauerarbeitsplatz bestimmte ArbN zeitweise ausfällt. Es ist aber nicht möglich, daraus den Umkehrschluß zu ziehen, daß K immer dann unzulässig sind, wenn ein Dauerarbeitsplatz geschaffen wird. Das Vorliegen eines Dauerarbeitsplatzes mag wohl ein Indiz für die Unzulässigkeit des K darstellen; im Einzelfall kann aber doch der K durch die wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse der Parteien gerechtfertigt sein. Ähnlich äußert sich auch Molitor zu der Ansicht des LAG Freiburg. Er sieht darin eine "Verwechslung von Arbeitsplatz und Besetzung, die nicht berücksichtigt, daß auch nach dem KSchG unter Umständen ein bestehenbleibender Arbeitsplatz durch einen anderen ArbN besetzt werden kann". ⁴⁾

Das größere Bedenken gegen diese Ansicht aber besteht in praktischer Hinsicht. Denn, wie das LAG Bremen zu Recht feststellt ⁵⁾, ist der vom LAG Freiburg in den Vordergrund gestellte Begriff des Dauerarbeitsplatzes keinesfalls in der Lage, die eigentliche Streitfrage zu lösen, da er seinerseits wieder einer ausführlichen Begriffsbestimmung bedarf, die im Ergebnis annähernd die selben Fragen aufwirft, wie sie bereits früher gestellt werden mußten. Dies ergibt sich daraus, daß, wie das LAG Freiburg selbst sagt, der subjektive Wille des ArbG nicht maßgeblich sein kann und daher stets auf die objektiven Umstände des Einzelfalls abgestellt werden muß.

3.) Einen anderen allgemeinen Gesichtspunkt hat das BAG in seiner Grundsatzentscheidung hervorgehoben. ⁶⁾ Es führt dort aus, daß K immer dann zulässig sein müssen, wenn die wirtschaftliche und soziale Situation beider Partner des ArbVerh mehr oder minder gleich ist, wie es z. B. bei höheren und leitenden Angestellten oder sonstigen qualifizierten ArbN, deren Arbeitskraft besonders begehrt und selten ist, häufig gegeben sein wird. Denn in einem derartigen Fall könne auch der ArbN von dem Grundsatz der Vertragsfreiheit entsprechenden Gebrauch machen, so daß hier ein Bestandsschutz unter dem Gesichtspunkt der

4) BB 1954, S. 505 (Ziff. 4).

5) Urteil vom 10. 2. 54, AP 54 Nr. 146.

6) AP Nr. 7 zu § 1 KSchG.

Sozialstaatlichkeit nicht mehr gerechtfertigt sei. Dem kann zugestimmt werden. Der K stellt dann in einem derartigen Fall auch keine Verletzung der Fürsorgepflicht dar, da, wie schon oben erwähnt ⁷⁾, auch der Umfang der Fürsorgepflicht des ArbG in dem Maße zurückgeht, in dem der ArbN selbst in der Lage ist, seine Interessen ausreichend zu verfolgen. Doch ist auch dieser vom BAG aufgestellte Grundsatz nur wenig geeignet, die Entscheidung über die Zulässigkeit des K im Einzelfall zu erleichtern. Denn Fälle, in denen bei einem K die wirtschaftliche Situation beider Teile annähernd gleich ist, werden wohl nur relativ selten zur Entscheidung kommen, da hier der ArbN auf die Fortsetzung des ArbVerh nicht angewiesen ist.

4.) Allgemein gültige und eindeutige Anhaltspunkte dafür, wann ein K sozial gerechtfertigt ist, lassen sich also, wie schon angedeutet, nicht aufstellen. Besondere Merkmale, die auf Anhieb eine eindeutige Feststellung über die Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit der mehrmaligen Befristung erlauben würden, gibt es nicht. Die Entscheidung hängt damit stets, wie auch das BAG sagt, ⁸⁾ von den jeweiligen Verhältnissen des einzelnen Falles ab. Zu Ihrer Erleichterung kann deshalb nur versucht werden, die typischen Fälle, in denen der K als gerechtfertigt erscheint, zusammen-zu-stellen.

§ 21. Einzelfälle zulässiger K.

1.) Der wohl wichtigste Grund für den Abschluß von befristeten Verträgen und K ist der, daß von vornherein nur eine begrenzte Arbeitsleistung in Betracht kommt. Läßt sich dabei der Umfang dieser Arbeitsleistung schon bei Abschluß des ArbVertr genau feststellen, so ist der befristete Vertrag die geeignete Form und es läßt sich auch vom sozialen Standpunkt nichts dagegen einwenden. Denn der ArbG würde hier auch bei einem unbefristeten ArbVerh nach Beendigung der Arbeiten kün-

7) Vgl. § 9 Ziff. 5.

8) BAG 26. 3. 57, 3 AZR 428/55 (Leitsatz) = AP Nr. 5 zu § 620 BGB (Befr. ArbVertr).

digen und diese Kündigung wäre betriebsbedingt und damit sozial gerechtfertigt.

In gleicher Weise kann es dem ArbG aber auch dann nicht verwehrt werden, das ArbVerh zu befristen, wenn zwar feststeht, daß der Arbeitsanfall nur ein begrenzter ist, wenn sich aber dessen Dauer noch nicht übersehen läßt. ¹⁾ In einem solchen Fall wäre es am zweckmäßigsten, das ArbVerh so zu bestimmen, daß es mit Erledigung der in Frage kommenden Arbeit automatisch enden soll. Es ist aber auch nichts dagegen einzuwenden, wenn der ArbG stattdessen das ArbVerh zunächst auf den Zeitraum befristet, für den er den ArbN mit Sicherheit glaubt, beschäftigen zu können, und dann gegebenenfalls ein- oder mehrmals verlängert. Auch dadurch wird der ArbN nicht schlechter gestellt, als bei einem unbefristeten Vertrag. Im Gegenteil ist der ArbN hier wenigstens für die erste Zeit gesichert, während mit Erledigung der Arbeit das ArbVerh auf jeden Fall enden würde. ²⁾

Denkbar ist schließlich auch, daß der ArbG glaubt, das Ende des begrenzten Arbeitsbedürfnisses von vornherein bestimmen zu können und sich dabei verschätzt oder, daß sich dieser Zeitpunkt später aus nicht voraussehbaren Gründen hinausschiebt. Auch in diesem Fall bestehen keine Bedenken, wenn sich an den zunächst kalendermäßig befristeten Vertrag eine zweite und auch mehrere Befristungen anschließen. ³⁾

In jedem Fall aber muß genau geprüft werden, ob das Arbeitsbedürfnis, auf Grund dessen der ArbN befristet eingestellt wird, auch tatsächlich als begrenzt bezeichnet werden kann. Die Grenzziehung ist hierbei schwierig. Der Maßstab dazu ergibt sich nach allgemeiner Ansicht daraus, daß nach unserer Wirtschaftsverfassung das Betriebsrisiko grundsätzlich der Unternehmer zu tragen hat. ⁴⁾ Ein K kann daher nie sozial gerechtfertigt sein, wenn der ArbG eine solche Vertragsgestaltung nur deshalb herbeiführt, weil er befürchtet, daß sich der momentane Arbeitsanfall allmählich verringern oder ganz allgemein die Konjunktur nachlassen könn-

1) Vgl. Trieschmann, Betr. 1955, S. 337 (IV 1).

2) Vgl. Hueck, RdA 1953, S. 88.

3) Vgl. BAG 21.10.54, AP Nr. 7 zu § 1 KSchG.

4) Vgl. insbesondere LAG Bremen, AP 54 Nr. 146.

te.⁵⁾ Als ausreichender Grund kann es daher auch nicht angesehen werden, wenn der ArbG zur Begründung der Befristung seine fragliche Leistungsfähigkeit zu einem späteren Zeitpunkt oder eine noch völlig unbestimmte Umorganisierung seines Betriebes anführt. In all diesen Fällen würde die wiederholte Befristung nur dazu dienen, das Betriebsrisiko auf die ArbN abzuwälzen.⁶⁾

Diese Gefahr ist besonders groß in den Fällen, in denen der ArbN zunächst zur Erledigung eines zeitlich begrenzten Arbeitsanfalls eingestellt und sein ArbVerh dann mehrmals verlängert wird, weil jeweils neue, wiederum zeitlich begrenzte Arbeiten oder Verwaltungsaufgaben auftreten. Der dadurch entstehende K ist dann zwar zulässig, wenn es sich dabei um einen Ausnahmefall handelt.⁷⁾ Die wiederholte Befristung ist aber dann nicht mehr gerechtfertigt, wenn der ArbG nach Lage der Sache von vornherein mit weiteren Aufträgen rechnen konnte oder, wenn, wie oft bei Behörden, laufend eine Verwaltungsaufgabe die andere ablöst, so daß von einer echten Mehrarbeit nicht mehr gesprochen werden kann. Wird in einem solchen Fall die Form des K gewählt, so geschieht dies, um für den Fall eines allgemeinen, noch unbestimmten Nachlassens der Aufträge oder Verwaltungsaufgaben die Zahl der Beschäftigten leichter verringern zu können, dient also ebenfalls dazu, daß Risiko des Geschäftsrückgangs auf die ArbN abzuwälzen.⁸⁾ Aus dem gleichen Gesichtspunkt heraus ist schließlich auch die Frage zu entscheiden, in wieweit der ArbG Schwankungen des Arbeitsbedarfs dadurch ausgleichen darf, daß er K abschließt. Nach dem oben Gesagten versteht sich, daß der K dann nicht das legitime Mittel darstellt, wenn es sich um konjunkturbedingte Schwankungen handelt. Wenn aber der Arbeitsanfall zu bestimmten Zeiten regelmäßig fühlbar zurückgeht, ist es dem ArbG nicht zu verwehren, die ArbN, die er in der Zeit der starken Beschäftigung zusätzlich zu dem Stamm seiner Belegschaft braucht, nur befristet einzustellen und das

5) Vgl. RAG, ArbRSam 32, 177.

6) Vgl. auch Trieschmann, a. a. O., S. 336 (II 3).

7) So auch Nikisch, BB 1955, S. 199 (Ziff. 6 d).

8) Vgl. dazu BAG 21.10.54 = AP Nr. 7 zu § 1 KSchG; Herschel-Steinmann, KSchG, Anm. 14 c zu § 1 u. Trieschmann, a. a. O., S. 338 (IV 2).

ArbVerh zu verlängern, wenn das Ende der Saison später als erwartet eintritt.⁹⁾ Denn wenn auch der ArbG das Betriebsrisiko zu tragen hat, so muß doch andererseits die Gestaltung des Betriebes der freien Entscheidung des Unternehmers überlassen bleiben.¹⁰⁾

2.) Der zeitlich begrenzte Arbeitsanfall ist wohl der wichtigste Grund für den Abschluß von Zeitverträgen und K; es ist dies jedoch nicht der einzige Fall, wo K als sozialgerechtfertigt erscheinen. K müssen daneben auch bei nur zur Aushilfe eingestellten ArbN zulässig sein, sofern es sich dabei auch tatsächlich um eine Aushilfskraft handelt, d. h. um einen ArbN, der an einem bereits besetzten Arbeitsplatz zeitweise an die Stelle des sonst dort beschäftigten ArbN tritt. Gemeint sind also die Fälle, in denen es sich lediglich um den Ersatz für den Ausfall eines anderen ArbN wegen Krankheit oder Beurlaubung handelt oder, wo der für den Arbeitsplatz endgültig vorgesehene ArbN noch nicht zur Verfügung steht. In diesen Fällen muß ein Bestandsschutz ausscheiden; denn man kann einerseits nicht zulassen, daß der für einen anderen zur Aushilfe eingestellte ArbN diesem den Arbeitsplatz streitig macht und andererseits aber auch dem ArbG nicht zumuten, daß er einen Arbeitsplatz doppelt besetzt.¹¹⁾

3.) Von einer Verletzung der Fürsorgepflicht kann auch da nicht gesprochen werden, wo die Form des K gerade die Voraussetzung dafür ist, daß der ArbN überhaupt beschäftigt werden kann. Das trifft z. B. dann zu, wenn der ArbG einen älteren ArbN mit besonders langer Kündigungsfrist nach ordnungsgemäßer und sozialgerechtfertigter Kündigung noch weiterbeschäftigt, solange es die Geschäftslage zuläßt, und er deshalb kurz befristete Verträge schließt.¹²⁾ Das gleiche gilt auch dann, wenn ein noch jüngerer ordnungsgemäß gekündigter ArbN auf seinen Wunsch solange befristet weiterbeschäftigt wird, bis er eine

9) Vgl. Nikisch, a. a. O., S. 199 (Ziff. 8).

10) So auch Westhofen, SAE 1956, S. 37.

11) Vgl. Trieschmann, a. a. O., S. 337 (IV 1).

12) So in dem Urteil des LAG München, AP 53, Nr. 71 und ähnlich RAG, ArbRSam. 10, 549.

neue Stelle gefunden hat.¹³⁾ In diesen Fällen führt der K nicht zu einer Benachteiligung des ArbN, sondern bedeutet im Gegenteil ein soziales Entgegenkommen.¹⁴⁾ Jedoch bedarf es bei solchen Tatbeständen stets einer genauen Prüfung, ob die befristete Weiterschbeschäftigung auch tatsächlich zumindest ganz überwiegend im Interesse des ArbN erfolgte. So weist besonders Trieschmann¹⁵⁾ im Zusammenhang mit dem bereits zitierten Urteil des LAG München¹⁶⁾ auf die nicht zu unterschätzende Gefahr hin, daß durch einen zu großzügigen Umgang mit dem Begriff des sozialen Entgegenkommens der Schutzgedanke ausgehöhlt werde. Auch das LAG München hat in dieser Entscheidung die befristete Weiterbeschäftigung als ein nicht zu beanstandendes Entgegenkommen bezeichnet, obwohl es an anderer Stelle einräumte, daß die weitere Tätigkeit des ArbN nach seiner Kündigung auch durch Personalschwierigkeiten beim ArbG bedingt war.

4.) Zeitverträge und K sind schließlich auch da nicht zu beanstanden, wo diese Form der Eigenart des Betriebes oder dem Herkommen entspricht. Das letztere trifft besonders für die Landwirtschaft zu, wo die früher allein übliche Form der kalendermäßigen Befristung noch heute vielfach der Norm entspricht.¹⁷⁾ Vor allem durch die Eigenart des Betriebes bedingt, ist die Befristung dagegen bei den Verträgen mit Bühnenkünstlern, Filmschauspielern und Musikern. Die Befristung entspricht hier den Interessen beider Teile. Sie ist die Voraussetzung für den ständigen Wechsel der Kräfte, der in der darstellenden Kunst und in der Musik üblich und notwendig ist. Dabei leuchtet es ein, daß die Frage, ob künstlerische Gesichtspunkte eine Weiterbeschäftigung im Einzelfall ratsam erscheinen lassen, nicht durch einen sozialen Kündigungsschutz entschieden werden kann. Daher ist auch im Bühnenrecht der Vertrag auf Zeit als der Normalvertrag anerkannt¹⁸⁾ und einer Verkettung mehre-

13) Vgl. Molitor, AR-Blattei, K, Entscheidung 1, Anm.

14) Vgl. auch Hueck, RdA 1953, S. 88.

15) a. a. O., S. 338 (Ende).

16) AP 53, Nr. 71.

17) Vgl. Molitor, AR-Blattei, K, Entscheidung 1, Anm.

18) Vgl. ArbGer Hamburg, AP 53, Nr. 268.

rer, meist auf ein Jahr befristeter Verträge steht nichts entgegen.¹⁹⁾ Jedoch handelt es sich auch hier, wie bei allen angeführten Beispielen, nur um Fälle, die für den Abschluß von K typisch sind und bei denen der K regelmäßig nicht zu beanstanden ist. Die besonderen Umstände des Einzelfalls können dagegen stets auch hier eine andere Entscheidung bedingen.

II. ABSCHNITT

K im öffentlichen Dienst.

§ 22

1.) Die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein K als zulässig erscheint, wurde bisher fast ausschließlich in Blickrichtung auf den privaten ArbG beantwortet. Es gilt daher jetzt die weitere Frage zu untersuchen, ob die hierbei gefundenen Grundsätze in gleicher Weise auch für den öffentlichen Dienst Geltung haben können.¹⁾ Anlaß zu dieser Frage geben zwei beachtliche Besonderheiten des öffentlichen Dienstes, nämlich die Tatsache, daß eine öffentliche Dienststelle an Weisungen des Vorgesetzten gebunden und bei ihren Ausgaben vom Haushalt abhängig ist. Diese Besonderheiten sind zweifellos auch der Grund dafür, daß K im öffentlichen Dienst besonders häufig sind.²⁾

2.) Die Rechtsprechung hat die oben gestellte Frage im Laufe der Zeit unterschiedlich beantwortet. Während das RAG anfänglich vor allem wegen der Abhängigkeit der öffentlichen Dienststellen von Etatmitteln K mit ArbN des öffentlichen Dienstes im weiteren Umfang für zulässig

19) Vgl. zu den besonderen Fragen der Bühnendienstverträge insbesondere Hurst, RdA 1952, S. 455 ff u. Nikisch, Lehrb. S. 553.

1) Darüber, daß Zeit- und K auch im öffentlichen Dienst möglich, d. h. insbesondere nicht durch die §§ 1 Abs. 4 TO. A und 19 Abs. 2 ATO ausgeschlossen sind, vgl. oben § 1 Anm 10.

2) Von den 12 Entscheidungen des RAG, die sich mit K befaßten, betrafen allein 6 den öffentlichen Dienst.

hielt³⁾, neigten die LAG dazu, an den öffentlichen Dienst hinsichtlich der Fürsorgepflicht für seine ArbN größere Anforderungen als an den privaten ArbG zu stellen. So führte vor allem das LAG Stuttgart⁴⁾ mit aller Deutlichkeit aus, daß einerseits Dienstanweisungen des Vorgesetzten, soweit sie nicht ihrerseits begründet sind, keine genügende Rechtfertigung für einen K darstellen und, daß andererseits bei einer juristischen Person des öffentlichen Rechts der Gesichtspunkt der Sparsamkeit gegenüber dringenden sozialen Interessen der ArbN nicht in gleicher Weise bevorzugt werden dürfe, wie es bei einem privaten Unternehmer zulässig sein könne. Das BAG⁵⁾ vertritt heute, wie zuletzt auch das RAG⁶⁾, die Ansicht, daß an die öffentlichen Körperschaften zwar keine strengeren Maßstäbe anzulegen sind, daß aber im übrigen für sie die selben Grundsätze gelten müssen wie für den privaten ArbG. Damit stimmen auch die neueren Entscheidungen der LAG⁷⁾ und das heute fast einhellige Schrifttum überein.⁸⁾

3.) Als Begründung für seine Ansicht führt das BAG aus, daß sich Körperschaften des öffentlichen Rechts bei dem Abschluß von K deshalb nicht auf ihre Abhängigkeit vom Etat berufen können, weil sowohl das Haushaltsgesetz als auch sonstige Haushaltspläne lediglich interne Bedeutung haben und keine Wirkung gegenüber Dritten äußern. Das ist richtig und läßt sich noch durch einen Hinweis auf die §§ 24 Reichshaushalts O und 31 Gem HaushaltsVO unterbauen, wonach der Haushaltsplan Ansprüche oder Verbindlichkeiten Dritter weder begründet noch aufhebt.⁹⁾ Die Begründung des BAG wäre aber noch überzeugender gewesen, wenn es den von ihm herangezogenen Gesichtspunkt weiterverfolgt hätte. Dann hätte sich auch der Einwand Molitors vermei-

3) Vgl. RAG, ArbRSam 9, 351 und 12, 98.

4) ArbRSam 19, LAG 225.

5) Urteil v. 21.10.54, AP Nr. 7 zu § 1 KSchG.

6) Vgl. RAG, ArbRSam 32, 178.

7) Vgl. insbes. LAG Kiel, Ap 52 Nr. 119 u. LAG Bremen, AP 54 Nr. 146.

8) Vgl. Hueck, Lehrb. S. 485 Anm. 38 und RdA 1953, 87; Nikisch, Lehrb S. 553; Herschel-Steinmann, KSchG, Anm. 14e zu § 1.

9) Vgl. Gebh. Schnorr, ArbUR 1953, S. 285 (Ziff. 1).

den lassen, der meint, daß, wenn auch der Haushaltplan keine externe Wirkung habe, es doch eine andere Frage sei, ob er nicht eine Dienststelle veranlassen, ja ihr gerade zur Pflicht machen könne, ArbVertr so abzuschließen, daß keine Etatüberschreitungen eintreten.¹⁰⁾ Molitor bringt damit wohl ein richtiges Argument, nämlich die Verpflichtung des Behördenleiters, den Haushaltsplan nicht zu überschreiten. Er übersieht aber, daß das durch die unbefristete Einstellung für die öffentlichen Dienststellen entstehende Risiko kein anderes ist, als es auch der private Unternehmer zu tragen hat, der sich ebenfalls schon bei der Einstellung eines ArbN überlegen muß, ob er ihn auch später bezahlen kann. Und so, wie es dem privaten ArbG verboten ist, sich auf eine nur mögliche Verschlechterung seiner finanziellen Leistungsfähigkeit zu berufen, kann es auch einem Behördenleiter nicht erlaubt sein, dieses allgemeine Risiko durch eine Befristung auf den ArbN abzuwälzen. Die Abhängigkeit des öffentlichen Dienstes von Haushaltsmitteln rechtfertigt es also nicht grundsätzlich, an die Fürsorgepflicht des öffentlichen ArbG weniger strenge Anforderungen als bei einem privaten ArbG zu stellen. Wenn dagegen im Einzelfall bereits bei der Einstellung feststeht, daß die im Augenblick vorhandenen Etatmittel später wegfallen werden, kann natürlich auch dieser Umstand eine Befristung und evtl. Verlängerung des ArbVerh rechtfertigen. Darin liegt aber dann keine Bevorzugung der öffentlichen Körperschaften; denn auch einem privaten ArbG kann nicht zugemutet werden, daß er einen ArbN unbefristet einstellt, wenn bereits feststeht, daß dieser ArbN in absehbarer Zeit unrentabel werden wird.

4.) Daß schließlich auch Dienstanweisungen einer vorgesetzten Behörde, sofern sie nicht ihrerseits durch sachliche Gründe gerechtfertigt sind, keinen ausreichenden Grund für eine Befristung darstellen können, versteht sich beinahe von selbst. Denn auch eine derartige Weisung hat Dritten gegenüber keine Wirkung und es kann im übrigen keinen Unterschied machen, ob die nach den Gesamtumständen unbegründete Be-

10) AR-Blattei, K, Entscheidung I Anm.

fristung auf das Verhalten einer unteren oder einer höheren Behörde zurückzuführen ist.¹¹⁾ Ebenso wie der private Unternehmer für das Verhalten seiner Angestellten verantwortlich ist, ist auch die juristische Person des öffentlichen Rechts für alle ihre Organe verantwortlich zu machen, und ebenso wenig, wie sich der private ArbG durch eine entsprechende Satzung der von ihm geforderten Fürsorge entziehen kann, darf sich auch der öffentliche Dienst hierzu nicht auf seine Weisungsgebundenheit berufen.

5.) Damit gilt also für die Zulässigkeit von K im öffentlichen Dienst das gleiche wie für den privaten Unternehmer. Maßgeblich ist daher auch hier, ob, wie sich das BAG ausdrückt, ein verständiger Behördenleiter, der sich in gleicher Weise der Verantwortung für die öffentlichen Belange seiner Behörde wie für seine Angestellten bewußt ist, einen sachlichen Grund zu der mehrfachen Befristung des ArbVertr hat.¹²⁾ Es wäre schließlich auch gar nicht einzusehen, warum an den öffentlichen ArbG in sozialer Hinsicht geringere Anforderungen gestellt werden sollten. Denn es steht wohl gerade dem öffentlichen Dienst am ehesten an, den gesetzlich niedergelegten Schutz der ArbN sinngemäß mit allen erforderlichen Konsequenzen zu verwirklichen.

11) Vgl. Hueck, Anm. zu LAG Stuttgt, ArbRSam 19, 226.

12) BAG 21.10.54, AP Nr. 7 zu § 1 KSchG (Ziff. 4).

ANHANG.

Die Ausdehnung der für den K gefundenen Grundsätze auf den einfachen Zeitvertrag.

§ 23

1.) Zum Abschluß dieser Abhandlung soll hier noch kurz auf ein Problem eingegangen werden, das zwar nicht mehr unmittelbar den K betrifft, das aber damit auf das Engste zusammenhängt. Es ist dies die Frage, inwieweit die für die Zulässigkeit des K gefundenen Grundsätze auf den einfachen Zeitvertrag ausgedehnt werden können.

Dazu darf wiederholt werden, daß die vorstehenden Erörterungen zum K davon ausgingen, daß Zeitverträge grundsätzlich, d.h. ohne besondere Voraussetzungen zulässig sind. Dies wurde aus § 620 BGB entnommen, der die Zulässigkeit von Zeitverträge ausdrücklich vorsieht, und ebenso aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit, der es in das Belieben der Parteien stellt, ob sie von dieser Möglichkeit Gebrauch machen wollen. Diese unbedingte Zulässigkeit des Zeitvertrages war auch der Ausgangspunkt in der Grundsatzentscheidung des BAG zu den K.¹⁾ Im Gegensatz dazu führt aber das BAG in einer bereits erwähnten Entscheidung vom gleichen Tag²⁾ aus, daß der Bestandsschutz des ArbVerh ebenso wie bei einem K auch bei einem befristeten ArbVerh bedeutsam werden müsse. Die Befristung sei daher auch dann, wenn der Tatbestand des K nicht vorliege, unwirksam, sofern sie dem ArbN den Kündigungsschutz nimmt, obwohl keine besonderen Gründe dafür sprechen, von der regelmäßigen Einstellung des ArbN auf unbestimmte Zeit abzu-
sehen. Dieses Urteil gibt Veranlassung, die oben hinsichtlich der Zulässigkeit des Zeitvertrages vertretene Auffassung an dieser Stelle nochmals zu überprüfen.

1) BAG 21.10.54, 2 AZR 25/53, AP Nr. 7 § 1 KSchG.

2) BAG 21.10.54, 2 AZR 40/53, AP Nr. 1 zu § 620 BGB (befr. ArbVertr.)

2.) Die zitierte Entscheidung des BAG, der sich die LAG Bremen³⁾ und Hamburg⁴⁾ anschlossen, wurde ganz überwiegend abgelehnt. Dem Urteil folgend heißt es jedoch bei Herschel-Steinmann⁵⁾, daß sich ein grundsätzlicher Unterschied in der Behandlung der einfach und mehrfach befristeten ArbVertr nicht rechtfertigen lasse. Richtig sei lediglich, daß beim K das Mißbräuchliche aus der Häufigkeit der Verlängerungen leichter erkennbar sei.⁶⁾ Gerade darin aber liegt der grundsätzliche Irrtum dieser Ansicht, dem offenbar auch das BAG erlegen ist. Es mag zwar zunächst der Eindruck entstehen, daß es im Ergebnis gleichgültig sei, ob vier vierteljährliche Verträge aneinander gereiht oder ein einmaliger Jahresvertrag vereinbart wird.⁷⁾ Bei näherer Untersuchung aber erweist sich, daß zwischen beiden Modalitäten, was den Mißbrauch der Befristung betrifft, ein wesentlicher Unterschied besteht. Vor allem aber ist die rechtliche Bedeutung einer Entscheidung, die Zeitverträge für unzulässig erklärt, sofern nicht besondere Gründe für die Befristung bestehen, sehr verschieden von derjenigen, die die gleichen Zulässigkeitsvoraussetzungen nur für K aufstellt.

a) Die Auffassung, daß auch Zeitverträge nur bei Vorliegen besonderer Gründe zulässig sind, führt zunächst zu einer wesentlich weiteren Einschränkung der Vertragsfreiheit, als dies bei einem entsprechenden Verbot des K der Fall ist. Während hier dem ArbG nur die ungerechtfertigte Aneinanderreihung von Zeitverträgen untersagt wird, soll nun die Befristung überhaupt ausgeschlossen sein, wenn der ArbG ebenso gut einen unbefristeten Vertrag abschließen kann. Diese weitergehende Einschränkung der Vertragsfreiheit läßt sich nun aber in keiner Weise rechtfertigen. Denn das entsprechende Schutzbedürfnis des ArbN ist bei einem einfachen Zeitvertrag im Vergleich zum K zweifellos nicht größer, sondern in aller Regel geringer. Zwar wird auch schon durch die einmalige Befristung der Kündigungsschutz des KSchG und die Anwendung aller an-

3) Urteil v. 25. 3. 59, Betrieb 1959, S. 519 = BB 1959, S. 597.

4) Urteil vom 10. 10. 56, ARSt XVII Nr. 499.

5) Anm. 14 g zu § 1 KSchG (4. Aufl.).

6) Im Ergebnis ebenso Nipperdey bei Staudinger, Anm. 14 zu § 620 BGB.

7) So mit Einschränkungen auch Molitor, AR-Blattei, Mutterschutz, Anm. zu Entscheidung 4.

deren Kündigungsvorschriften ausgeschlossen. Das BAG übersieht aber, daß die Befristung ihrerseits einen gewissen Bestandsschutz zur Folge hat, indem sie die ordentliche Kündigung ausschließt und dem ArbN die Möglichkeit gibt, sich von Anfang an auf die ihm bekannte Beendigung des ArbVerh einzustellen. Ein ArbVerh mit entsprechend langer Befristung kann daher für den ArbN durchaus erstrebenswert sein⁸⁾, während es für den ArbG das Betriebsrisiko u.U. beträchtlich erhöht. Denn die Notwendigkeit, den Betrieb einzuschränken, ist ebenso wie der Wegfall der Beschäftigungsmöglichkeit für einzelne ArbN nach ständiger Rechtsprechung nur in seltenen Fällen ein Grund zur fristlosen Entlassung.⁹⁾ Der Vorteil, daß es nach Fristablauf keiner Kündigung bedarf, wird daher vom ArbG u.U. teuer erkaufte und es ist nicht richtig, wenn das BAG in seiner Entscheidung ausführt, daß auch die einmalige Befristung stets nur dazu dienen würde, das Unternehmerrisiko auf den ArbN abzuwälzen.¹⁰⁾ Von einem unzulässigen Mißbrauch der Befristung kann daher in der Regel erst dann gesprochen werden, wenn sich der ArbG dieser für ihn unangenehmen Konsequenzen zu entziehen versucht, indem er die Befristung entsprechend kurz wählt und dafür den Vertrag anschließend verlängert.

b) Die Ausdehnung der für den K gefundenen Grundsätze auf den Zeitvertrag bedeutet jedoch nicht nur eine erweiterte und ungerechtfertigte Einschränkung der Vertragsfreiheit, sondern führt außerdem noch zu einer Einschränkung des Gesetzes; denn, sobald man die Wahl des Zeitvertrages grundsätzlich von dem Vorliegen besonderer Gründe abhängig macht, wird dem ArbG nicht mehr nur im Einzelfall die (rechtsmißbräuchliche) Berufung auf § 620 BGB versagt, sondern es wird diese Vorschrift mit einer generellen, zunächst im Gesetz nicht enthaltenen Bedingung versehen, d.h. in seiner bisherigen Form abgeändert. Diese Folge wurde bereits ausführlich im Zusammenhang mit dem K erörtert.¹¹⁾ Die Untersuchung kann sich daher hier auf die Frage beschrän-

8) Vgl. Hueck, Festschrift für Apelt., S. 68.

9) Vgl. Hueck, Lehrb., S. 528.

10) So auch Nikisch, BB 1955, S. 198/199 (Ziff. 6a und 7).

11) Vgl. oben § 11 II 3.

ken, in wieweit sich diese Einschränkung des Gesetzes begründen läßt.

Das BAG hat in seiner Entscheidung diese Frage nicht erwähnt. Sofern man daher nicht annehmen will, daß es diese Frage überhaupt nicht bedacht hat, liegt die Annahmennahe, daß sich das BAG einfach unter Berufung auf die Sozialstaatsklausel des GG über die grundsätzliche Anerkennung befristeter Verträge in § 620 BGB hinweggesetzt hat. Das aber würde bedeuten, daß das BAG dieses allgemeine Ordnungsprinzip unserer Verfassung heranzieht, um daran die Verfassungsmäßigkeit gesetzlicher Vorschriften zu prüfen. Darin könnte dem BAG jedoch keinesfalls zugestimmt werden. Denn wollte man allgemein ohne Gesetzesänderung die Geltung aller Vorschriften der vor dem GG erlassenen und noch geltenden Gesetze davon abhängig machen, ob sie mit unseren heutigen sozialen Ansichten übereinstimmen, so würde dies zu einer unerträglichen Rechtsunsicherheit führen, die, wie Molitor ausführt¹²⁾, zweifellos mit dem Grundsatz eines sozialen Rechtsstaates nicht vereinbar ist.

Hueck ist daher der Ansicht, daß das Urteil richtiger dahin zu verstehen sei, daß nicht das Sozialstaatsprinzip unmittelbar § 620 BGB einschränkt, sondern daß der im KSchG enthaltene und mit Hilfe der Sozialstaatsklausel ausgedehnte Bestandsschutzgedanke ein zwingendes, die Vertragsfreiheit und auch § 620 BGB einschränkendes Prinzip darstelle.¹³⁾ Der Grundgedanke dieses Urteils würde bei dieser Auslegung also im wesentlichen mit dem übereinstimmen, was Bötticher zur Lösung des Problems der K vorgeschlagen hat. Damit wäre die Entscheidung zwar eher verständlich; es kann ihr aber auch unter diesem Gesichtspunkt nicht zugestimmt werden. Denn, wie bereits zu dem Vorschlag Böttichers ausgeführt wurde, gibt diese Ansicht den Vorschriften des Kündigungsschutzrechtes eine zu weitgehende Auslegung. Das KSchG ist ganz ausdrücklich auf den Fall der Kündigung abgestellt und enthält keinen Hinweis, der eine erweiterte Anwendung rechtfertigen würde. Das gleiche gilt für die dem KSchG vorausgehenden Regelungen, bezüg-

12) AR-Blattei, a. a. O., ebenso Hueck, Lehrb. S. 486 Anm. 42 und Festschrift für Apelt, S. 68.

13) Festschrift für Apelt, S. 68.

lich derer es außerdem beinahe unbestritten war, daß sie nur für das unbefristete ArbVerh gelten. Es bestehen also keinerlei Anhaltspunkte, die für eine Ausdehnung der Kündigungsschutzvorschriften auf das befristete ArbVerh sprechen würden. Es ist daher auch nicht einzusehen, wie eine Berufung auf die Art 20 und 28 GG eine andere Auslegung rechtfertigen sollte, zumal das KSchG bereits unter der Herrschaft des GG entstanden ist. Jedenfalls kann aber damit nicht ein Verbot des sozial ungerechtfertigten Zeitvertrages aus dem KSchG hergeleitet werden; denn gerade dazu wäre wegen der damit verbundenen Einschränkung des § 620 BGB ein ausdrücklicher Hinweis des Gesetzgebers erforderlich gewesen.

3.) Eine Ausdehnung der für die Zulässigkeit des K entwickelten Grundsätze auf einfache Zeitverträge mit der Folge, daß auch sie nur bei Vorliegen rechtfertigender Gründe zulässig sein sollen, ist somit nicht möglich. Dagegen kann freilich auch schon die Vereinbarung eines Zeitvertrages im Einzelfall einen ähnlichen Mißbrauch dieser Form darstellen, wie es bei einem K in der Regel der Fall ist.¹⁴⁾ Dazu genügt aber meist nicht schon, daß der ArbG ebenso gut einen Vertrag auf unbestimmte Zeit hätte abschließen können; es müssen vielmehr weitere Umstände hinzutreten, aus denen hervorgeht, daß der ArbG die Befristung lediglich dazu wählte, um den ihm lästigen Bestandsschutz des ArbN im weitesten Umfang einzuschränken.

Wann dies der Fall ist, ist überwiegend Tatfrage. Ein derartiger Mißbrauch wird jedoch sicher dann anzunehmen sein, wenn ein ArbG sämtliche ArbN seines Betriebes unbefristet einstellt, um so alle Schwierigkeiten bei einer evtl. erforderlichen Verminderung der Belegschaft von vornherein auszuschalten.¹⁵⁾ Er kann aber auch schon darin liegen, daß ein ArbG einzelne ArbN befristet einstellt, obwohl dafür keinerlei Anlaß besteht und der ArbG auch gar nicht daran denkt, den ArbN bei Frist-

14) So im Prinzip auch Kaskel-Dersch, S. 206; Herschel-Steinmann, 3. Auflage, Anm 14 zu § 1 KSchG und Osswald, Betr 1956, S. 942.

15) So auch LAG Düsseldorf, 30.10.53, Betr. 1954, S. 216.

ablauf zu entlassen, so daß also der Abschluß des Zeitvertrages gewissermaßen das erste Glied einer beabsichtigten Kette darstellt.¹⁶⁾

Unter diesen besonderen Umständen können dann die oben für die Behandlung des ungerechtfertigten K entwickelten Grundsätze ausnahmsweise schon auf die einmalige Befristung angewendet werden. In den übrigen Fällen ist der Zeitvertrag dagegen nicht zu beanstanden. Jedoch kann, falls die Befristung nicht kalendermäßig erfolgte und das Vertragsende nur dem ArbG erkennbar ist, dieser auf Grund seiner Fürsorgepflicht gehalten sein, dem ArbG das Ende seiner Beschäftigung rechtzeitig mitzuteilen oder, wenn dies nicht möglich ist, ihm nach Fristablauf eine Schonfrist zu gewähren. Diese Mitteilung stellt jedoch dann keine Kündigung und die Schonfrist keine Kündigungsfrist dar. Die Länge der erforderlichen Zeiträume richtet sich daher allein nach der Billigkeit und eine schuldhafte Unterlassung begründet nur u. U. einen Anspruch auf Lohnfortzahlung für eine angemessene Frist, keinesfalls aber einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung.¹⁷⁾

Nachtrag:

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, daß sich der Große Senat des BAG nach Abschluß dieser Arbeit am 12.10.1960¹⁸⁾ mit der Frage der Zulässigkeit des befristeten ArbVerh befaßt hat. Anlaß dazu war die Anfrage des Dritten Senats, ob bei einer während des befristeten ArbVerh eingetretenen Schwangerschaft der ArbG verpflichtet ist, mit Rücksicht auf die Schwangerschaft das ArbVerh mit der ArbNin trotz der Befristung fortzusetzen.

Der Große Senat hat hierzu ausgesprochen, daß die Befristung eines ArbVertr rechtswirksam ist, es sei denn, daß bei Abschluß des Vertrages für die Befristung keine sachlichen Gründe vorgelegen haben. Bei Fehlen solcher sachlichen Gründe kann sich der ArbG dem ArbN gegenüber nicht auf die Befristung berufen, wenn diese dem ArbN den

16) Vgl. Hueck, Lehrb. S. 486.

17) Vgl. dazu auch Hueck, Lehrb S. 482; Staudinger, Anm. 12 zu § 620 BGB und Endemann, BB 1951, S. 578

18) Beschluß v. 12.10.60, GS 1/59, Leitsätze in BB 1960, S. 1133 und Betr 1960, S. 1218.

Schutz der Kündigungsbestimmungen entzieht. Im Falle einer nach dem Abschluß eines wirksam befristeten ArbVertr eingetretenen Schwangerschaft ist der ArbG nicht gehindert, sich auf die durch den Fristablauf gegebene Beendigung des ArbVerh zu berufen.

Diese Entscheidung, deren Begründung bisher noch nicht veröffentlicht wurde, ist vor allem deshalb beachtlich, weil sie im Gegensatz zu dem oben behandelten Urteil vom 21.10.54 (2 AZR 40/53) zumindest in der Formulierung die grundsätzliche Zulässigkeit des Zeitvertrages klar zum Ausdruck bringt. Da sie aber ebenfalls befristete Verträge dann für unzulässig hält, wenn für die Befristung keine sachlichen Gründe bestanden, führt auch sie im Ergebnis zu einer nach der hier vertretenen Ansicht nicht gerechtfertigten Ausdehnung der für den K aufgestellten Grundsätze auf den einfachen Zeitvertrag.

Von Interesse ist außerdem, daß die mangels sachlicher Gründe unzulässige Befristung nicht mehr wie in früheren Entscheidungen des BAG als nichtig bezeichnet, sondern nun dem ArbG das Recht abgesprochen wird, sich gegenüber dem ArbN auf die ungerechtfertigte Befristung zu berufen.

Lebenslauf:

Ich wurde am 4. April 1934 als Sohn des kaufmännischen Angestellten Franz Fischer und seiner Ehefrau Katharina in München geboren. Die Volksschule besuchte ich ab 1940 zuerst in München, später infolge der Kriegereignisse in Niederbayern.

Ende 1945 kehrte ich nach München zurück und trat hier am 1.1.1946 in die wiedereröffnete Rupprecht-Oberrealschule ein, in der ich im Juni 1954 die Reifeprüfung ablegte. Beginnend mit dem Wintersemester 1954/55 studierte ich darauf acht Semester an der juristischen Fakultät der Universität München und habe hier am 2. Februar 1959 die erste juristische Staatsprüfung mit Erfolg bestanden.

Zur Zeit bin ich als Rechtsreferendar dem Landratsamt München zugeteilt.

